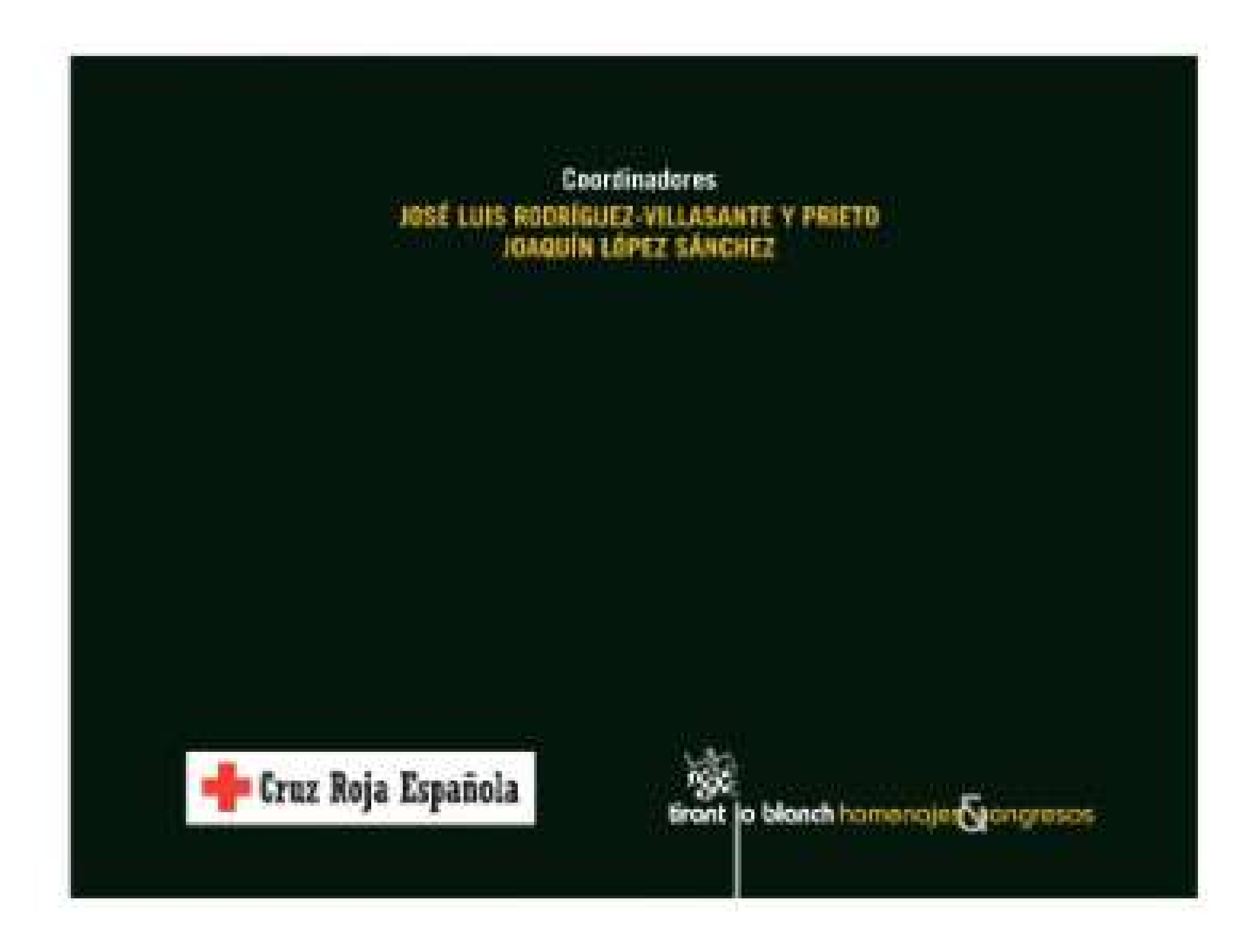
LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN EL SIGLO XXI

Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Función Policial in memoriam Gonzalo Jar Couselo



ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Derechos humanos y función policial
In memoriam Gonzalo Jar Couselo

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Derechos Humanos y Función Policial
In Memoriam Gonzalo Jar Couselo

Coordinadores

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Director del CEDIH de la Cruz Roja Española

Joaquín López Sánchez
Secretario del CEDIH d ela Cruz Roja Española



tirant lo blanch
Valencia, 2011

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (http://www.tirant.com).

EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V -
I.S.B.N.: 978-84-9985-
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

AUTORES

Cándido Conde Pumpido
Fiscal General del Estado

Javier Fernández López
Delegado del Gobierno en Aragón

Diego López Garrido
Secretario de Estado U. Europea

Antonio Morales Villanueva
General de División de la G. Civil

Cándido Cardiel Ojer
Teniente General de la Guardia Civil

Bernard Labatut
Catedrático de Sociología

Fina Casalderrey
Premio Nacional de Literatura

Jesús Martínez Paricio
Catedrático de Ciencias Políticas

Juan C. Rodríguez Búrdalo
General de División de la G. Civil

Jorge Pipaón Pulido
Abogado del Estado

Manuel Manzano Sousa
Coronel de la Guardia Civil

Fernando Oliván López
Prof. Titular D. Constitucional

Manuel Pérez González
Catedrático de Derecho Internacional

Manuel Guillamo
Coronel de la Gendarmería francés

Concepción Escobar Hernández
Jefa Asesoría Jurídica M. Asuntos Exteriores

Francisco Rey
Codirector del IECAH

Fernando Pignatelli Meca
Magistrado del Tribunal Supremo

Monserrat Abad Castelos
Prof. Titular de Derecho Internacional

Jose Luis Domenech Omedas
Coronel de Artillería

Milena Costas Trascasas
Profesora Derecho Internacional

Javier Guisandez Gómez
Coronel de Aviación

Antonio Carlos Tavares
Teniente Coronel de Cabo Verde

PRESENTACIÓN

Juan Manuel Suárez del Toro Rivero
Presidente de la Cruz Roja Española

Índice

SEMBLANZAS

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA FUNCIÓN POLICIAL

PRESENTACIÓN
Gonzalo Jar y la Cruz Roja Española

Juan Manuel Suárez del Toro Rivero
Presidente de la Cruz Roja Española

El día de Navidad del año 2009 fallecía en Madrid el profesor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH) de la Cruz Roja Española Don Gonzalo Jar Couselo, General de División de la Guardia Civil y Doctor en Ciencias Políticas y Sociología, cuyas relevantes aportaciones al progreso del Derecho Internacional Humanitario y entusiasta dedicación a la labor de difusión que realiza nuestra institución, fueron reconocidas con la concesión a título póstumo de la Medalla de oro de la Cruz Roja, que fue entregada por S.A.R. la Infanta Doña Cristina a su viuda Dña. Mariluz Rodríguez-Medel en el Día Mundial de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrado en Toledo el 12 de mayo de 2010.

Al entrañable recuerdo que nos dejó Gonzalo Jar como paradigma de valores humanos y cualidades personales, se unía su indiscutible valía profesional y su empeño en la formación de los militares, guardias civiles y universitarios en los principios humanitarios que constituyen la esencia del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Desde que fue nombrado Profesor del CEDIH impartió numerosas conferencias sobre esta materia y participó de forma muy relevante en las labores de investigación, preparación de normas jurídicas y asesoramiento de este centro. Después de realizar el prestigioso Curso de Derecho Internacional Humanitario en el Istituto Internazionale di Diritto Umanitario de San Remo (Italia), desempeñó la labor de Delegado de Difusión del Comité Internacional de la Cruz Roja en Mozambique, impartiendo cursos de formación humanitaria a los mandos militares.

En 1997 participó de forma muy destacada, como representación de la Cruz Roja, en la Conferencia Diplomática de Oslo, donde se aprobó el Tratado que prohíbe las minas antipersonas. Sobre esta materia impartirá numerosas conferencias y publicará el capítulo "Las minas antipersonal" del libro *Derecho Internacional Humanitario* de la Cruz Roja Española.

Dado su prestigio en el campo del Derecho Internacional Humanitario, participa en 2004 como Profesor en el Curso avanzado para Profesores de diversas Universidades Americanas, organizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en Ciudad de Méjico.

Comprometido muy intensamente en la protección de los periodistas y medios de comunicación en los conflictos armados, Gonzalo Jar participó en numerosas reuniones patrocinadas por Asociaciones de Prensa, escribió el capítulo “Periodistas y guerra: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario” en el libro *Derecho Internacional Humanitario* de la Cruz Roja Española y, finalmente, publicó el libro *La protección de los periodistas en caso de conflicto armado* editado también por Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española.

Como testimonio revelador de su predilección por el Derecho Internacional Humanitario, no podemos olvidar que, en su última enfermedad y ya hospitalizado, encontró fuerzas para escribir un artículo *El Tratado de prohibición de las bombas de racimo,* que puede considerase su obra póstuma y que reproducimos en este libro.

La honda huella que la trayectoria vital de Gonzalo Jar dejó en todos los ámbitos donde realizó su trabajo, fundamentalmente la Guardia Civil, la Universidad y la Cruz Roja Española, hizo que se le tributaran numerosos homenajes para honrar su memoria. Destacó el organizado en el Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado” y el promovido por la *Irmandade Xuridica Galega* en el Pazo da Cultura de Pontevedra, descubriendo un busto del General Jar, cuya fotografía ilustra la primera página de esta obra.

El libro In Memoriam Gonzalo Jar Couselo

Bien pronto surgió la iniciativa, que apadrinó Cruz Roja Española, de editar un libro *In Memoriam Gonzalo Jar Couselo,* que plasmara en letra impresa el recuerdo de uno de nuestros más entrañables profesores, tratando de perpetuar su memoria con un justo homenaje a su figura irrepetible.

El título del libro *“La protección de la dignidad de la persona y el principio de humanidad en el siglo XXI. Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Función Policial in memoriam Gonzalo Jar Couselo,* se vincula a la valiosa aportación de Gonzalo a la Cruz Roja y en él están representados los tres ámbitos en que desarrolló su admirable trayectoria vital: la Guardia Civil, la Universidad como doctor en Ciencias Políticas y Sociología, y la Cruz Roja como especialista en Derecho Internacional Humanitario.

No ha sido elegido al azar el título de esta obra. *"Proteger la dignidad humana"* fue el lema de la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra en el año 2003. La dignidad de la persona, que es inherente a todo ser humano, es el núcleo irreductible de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Su protección significa una garantía jurídica aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en todas las circunstancias. Jean Pictet formuló este principio básico de la siguiente forma. *"Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana".* Este concepto nuclear abarca y describe con exactitud buena parte de contenido de esta obra de homenaje, integrada por estudios de Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Función Policial.

El segundo concepto que describe el contenido de éste libro de homenaje es *"El principio de humanidad"*, que completa la protección de la persona dotándola de una especie de savia que vivifica un conjunto normativo dotado de universalidad (el Derecho Internacional Humanitario) y preside, desde su nacimiento, una institución: el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. En efecto, *aliviar el sufrimiento humano en todas las circunstancias* constituye el primer principio de nuestra institución.

Para comprender mejor este mensaje, implícito e inescindible de las normas de Derecho Internacional Humanitario, basta con analizar el Principio de Humanidad que es el primero de los que se proclaman como fundamentales para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Dice el Principio de Humanidad: *"El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de la humanidad en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos".*

Así, desde el mismo origen del humanitarismo están presentes: El desarrollo de un espíritu de paz que debe sembrarse en lo más profundo de cada persona (la educación para la paz), el rechazo de la violencia, la tolerancia (enseñar a las nuevas generaciones la absoluta inutilidad de las guerras), el valor del ejemplo de la asistencia o acción humanitaria (que significa el respeto de la persona humana en tiempo de conflicto armado) y la denuncia de los males de la guerra. Por eso la Cruz Roja ha adoptado la divisa: *"Per humanitatem ad pacem".*

La actualidad de la obra se destaca en el título de esta publicación al centrar cronológicamente sus estudios sobre la protección de la persona y el principio de humanidad, precisamente, en el siglo XXI. Nos recuerda esta mención los esfuerzos de la Cruz Roja para que el Derecho Internacional Humanitario pueda dar respuesta a los desafíos de los conflictos armados actuales. Y no son ajenos estos retos contemporáneos a los que presentan los abusos de poder para el sistema normativo de los Derechos Humanos. Y así, el profesor Pérez González ha afirmado acertadamente la compatibilidad entre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, para ayudar a las víctimas en el contexto de un conflicto armado, como una doble perspectiva que refuerza la protección.

El libro se inicia con el Acuerdo de concesión de la Medalla de Oro de la Cruz Roja Española, el *Curriculum* de Gonzalo Jar Couselo, su "Manda testamentaria y la reproducción de su artículo *"El Tratado de prohibición de las bombas de racimo*".

Las aportaciones de los autores

La obra que tengo el honor de presentar se divide en tres partes: Una primera donde se agrupan diversas semblanzas sobre la figura de Gonzalo Jar Couselo, destacando algunos aspectos fundamentales de su vida. Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado y compañero de Gonzalo Jar en las aulas pontevedresas, se adentra en el complejo e incógnito escenario jurídico del siglo XXI que su amigo entrañable llevaba en la cabeza, poniendo de relieve la coherencia de su pensamiento, su actitud vital y su trayectoria personal en defensa de los Derechos Humanos, su compromiso con Cruz Roja y lo más hondo de su herencia espiritual: la humanización del Derecho. Otro de sus amigos y, en este caso maestro universitario, Diego López Garrido, Secretario de Estado para la Unión Europea, escribe que —desde el primer día— Gonzalo Jar no dejó de fascinarle por su creencia en los valores de la libertad y de la ciudadanía democrática por encima de todo corporativismo, al tiempo que recuerda al general galleguista que dio a sus amigos y amigas su cariño y su sabiduría, que concretó en la "manda testamentaria" (mensaje afectivo, cultural y sentimental dirigido a quienes más quería), que reproducimos en este libro.

No podía faltar la aportación de sus compañeros de la Guardia Civil, encabezados por el Teniente General Cándido Cardiel Ojer, Director Adjunto Operativo de la G. Civil y compañero del entones Alférez Jar en la Academia Especial de la Guardia Civil. Recuerda especialmente la sensibilidad y calidad

humana de Gonzalo Jar como el rasgo más definitorio de su persona, su galleguismo ejerciente, su profunda alegría, lógico reflejo externo de su optimismo interior, y su perdurable inquietud intelectual.

Para Fina Casalderrey, Premio Nacional de Literatura y compañera de la infancia de Gonzalo Jar en su Lérez natal, "foise un capitán de conto". La escritora en una inimitable prosa poética ("Ata sempre, capitán de conto", "Hasta siempre, capitán de cuento"), recuerda en español y gallego al amigo que vivía puerta con puerta en el Camino Viejo, al niño Gonzalito el de la *Guisa* que llegó a General, rememorando su pensamiento libre y honesto que fueron sus armas de resistencia frente a algunas inyecciones de hielo. Y lo imagina instalado en su nueva mansión dibujando mapas de esperanza mientras la autora siente caer todo el azul de su ausencia.

Otro escritor y laureado poeta, el General de División de la Guardia Civil Juan Carlos Rodríguez Búrdalo, destaca los posicionamientos avanzados e innovadores que acompañarían siempre a su compañero el General Jar, comprometido y en clara minoría por su visión progresista del mundo, dedicándole versos escritos en lengua gallega que recuerdan la común ilusión de servicio por los pueblos de España ("Lembras, Gonzalo?") y el encuentro ideal con su amigo en la tierra gallega ("Viñan de lonxe"), para terminar ofreciéndole como homenaje un sentido canto al balance final de la vida de un Guardia Civil ("¿Cal e o patrimonio do Oficio?").

Otro compañero de la Guardia Civil, el Coronel Manuel Manzano Sousa, cierra con su aportación el capítulo de semblanzas. La escribe en forma de carta dirigida a su amigo y general, recordando momentos inolvidables de su biografía, sus muestras de deontología profesional y honestidad personal, sus cantos a la libertad, a la democracia, a los valores constitucionales y a la función que la Guardia Civil debe desempeñar en un régimen democrático, para terminar con la emoción de aquella mañana de Navidad de 2010, en El Escorial, donde la niebla nos espesaba el alma.

La segunda parte de la obra agrupa diversos trabajos académicos bajo la rúbrica *Derecho Internacional Humanitario*, escritos casi en su totalidad por los profesores del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja (CEDIH). Se inicia esta parte con un excelente artículo del profesor Manuel Pérez González, Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Director Técnico del CEDIH, donde analiza la Cláusula Martens a la luz del Derecho Internacional Humanitario. Le sigue la aportación del Director del CEDIH José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto sobre un sugerente tema: Agua y guerra. La profesora Concepción Escobar Hernández, Jefa de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y

Catedrática de Derecho Internacional Público, contribuye a la obra con un tema de gran actualidad: La protección de las operaciones de paz a través del Estatuto de Roma y del Código penal español, así como la responsabilidad penal internacional de su personal. Fernando Pignatelli Meca, Magistrado del Tribunal Supremo, aborda en un extenso trabajo la última modificación del Código penal español en materia de crímenes de guerra. La reciente prohibición de las municiones en racimo es expuesta con autoridad por el Coronel de Artillería José Luis Doménech Omedas. El Coronel de Aviación Javier Guisández Gómez escribe con acierto sobre los cometidos del oficial de inteligencia, la información y el Derecho Internacional Humanitario. Desde Cabo Verde, el Teniente Coronel Antonio Tavares nos ilustra sobre los desafíos humanitarios en África. Joaquín López Sánchez, Secretario del CEDIH, analiza oportunamente el Tratado de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonas, diez años después de su entrada en vigor. Finalmente, la profesora Montserrat Abad Castelos, Profesora Titular de Derecho Internacional Público, colabora con un brillante análisis crítico de la modificación del principio de Jurisdicción Universal en España.

La tercera parte de la obra que presentamos comprende diversos estudios bajo el título *Derechos Humanos y Función Policial.* Comienza con el valioso trabajo académico del Doctor Javier Fernández López, Delegado del Gobierno en Aragón y amigo del homenajeado, sobre un modelo policial para España. Antonio Morales Villanueva, General de División de la Guardia Civil y compañero de G. Jar, aporta un excelente trabajo sobre los Derechos Humanos y la Guardia Civil. Desde la Universidad francesa, Bernard Labatut, Catedrático de Sociología y Director de la Casa Franco-Mexicana, escribe sobre América Latina *"triste mine d'or pour le mercenariat.* Un destacado politólogo Jesús Martínez Paricio, Catedrático de Ciencias Políticas y amigo entrañable de Gonzalo Jar, trata un tema en el que es gran especialista: la crisis de las organizaciones militares. Jorge Pipaón Pulido, Abogado del Estado, que coincidió con Jar en el Ministerio del Interior, publica un trabajo de gran calidad jurídica sobre la reparación integral del daño, desde la perspectiva interna e internacional. El profesor del CEDIH Fernando Olivan López, abogado y Profesor Titular de Derecho Constitucional contribuye a la obra con un estudio de gran altura académica sobre los Derechos Humanos en el nuevo orden jurídico internacional. No podía faltar la aportación de la Gendarmería francesa y así el Coronel Guillamo profundiza en la cooperación franco-española en la lucha contra el terrorismo. Desde el ámbito de las organizaciones no gubernamentales, Francisco Rey, Codirector del Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria (IECAH) colabora con un original trabajo sobre la acción humanitaria (víctima de sus éxitos) en el mundo actual, sus paradojas y

contradicciones. Por último, la profesora de Derecho Internacional Público, Doctora Milena Costas Trascasas escribe sobre un tema en el que es destacada especialista: la protección jurídica de las personas en las situaciones de disturbios y tensiones internas'

De la lectura de este libro de homenaje a Gonzalo Jar podemos concluir que, siendo imprescindible el progreso de las normas de los Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, es preciso para garantizar su cumplimiento que los valores humanitarios conformen la conciencia colectiva y se asienten como principios morales compartidos. Y este es el principal mensaje que nos dejó Gonzalo: la difusión y la humanización de las normas jurídicas protectoras de la dignidad de la persona.

Dedicatoria

La Cruz Roja Española al editar este libro, coordinado por José Luis Rodríguez-Villasante y Joaquín López Sánchez, para recordar la figura irrepetible de Gonzalo Jar Couselo, dedica especialmente esta obra a su viuda Mariluz Rodríguez-Medel, a su madre Carmen Couselo, a sus hijas Ana y Marta y a su hermano José, cumpliendo un deber de gratitud con quien tanto ha aportado a la difusión del Derecho Internacional Humanitario como ejemplar voluntario de la Cruz Roja.

Madrid, 4 de febrero de 2011

Acta de concesión de recompensas con motivo del Día Mundial de la Cruz Roja y Media Luna Roja 2010

El Presidente de Cruz Roja Española, atendiendo las propuestas recibidas y previa deliberación de la Junta Nacional de Recompensas de la Institución acordó conceder, con ocasión de la conmemoración del Día Mundial de la Cruz Roja y Media Luna Roja 2010, **la Medalla de Oro a D. Gonzalo Jar Couselo**.

Doctor en Ciencias Políticas, General de División de la Guardia Civil, fue Secretario General de la Gerencia e Infraestructuras del Ministerio del Interior.

Voluntario de Cruz Roja Española, fue a lo largo de más de 15 años profesor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario contribuyendo de manera decisiva a la enseñanza difusión y promoción de las normas humanitarias en el ámbito militar y en el universitario.

Es autor de numerosas publicaciones y artículos sobre Derecho Internacional Humanitario, Minas antipersona, Armas convencionales, Protección de periodistas en situación de conflicto armado, y el Papel de la mujer en la Guardia Civil.



Currículum Vitae del Excmo. Sr. D. Gonzalo Jar Couselo, General de división de la Guardia Civil

Don Gonzalo Jar Couselo, hijo de padre Guardia Civil y madre excelente ama de casa, nació en Pontevedra el día 14 de agosto de 1949. Su vivienda familiar, donde pasó su infancia y a la que solía acudir con frecuencia, está situada en la orilla del río Lérez y enfrente del conocido Monasterio benedictino dedicado a San Benito de Lérez.

A pesar de las dificultades económicas de la época, los hermanos Jar Couselo cursaron sus estudios en el Colegio de la Inmaculada de Pontevedra. Finalizados los estudios de Bachillerato, Gonzalo Jar ganó en 1068 la oposición para el ingreso en la Academia General Militar del Ejército en Zaragoza. Allí, cursó tres años de su carrera militar, optando por el ingreso en la Guardia Civil. Después de cursar dos años en la Academia de la Guardia Civil de Madrid, recibe su despacho de Teniente en julio de 1973.

Su primer destino es en Academia de Guardias de San Lorenzo del Escorial, donde realiza labores de profesorado. En ese mismo año de 1973 es nombrado Teniente Jefe de Línea de Pola de Lena. (Asturias). El 23 de marzo de 1976 contrae matrimonio con Mariluz Rodríguez-Medel, celebrándose la ceremonia en la pequeña ermita románica de Santa María de Arbas, en el Alto de Pajares.

En 1977 se incorpora como Teniente Jefe del Destacamento de Tráfico de Lugo, donde permanece durante los años 1977 y 1978.

En 1979 asciende a Capitán y es destinado como Jefe de la Compañía de Torrelavega (Cantabria). Allí nace en 1980 su primera hija, Ana.

En 1981 comienza su larga etapa de profesorado en los Centros Docentes de la Guardia Civil en la sierra madrileña. Desde 1981 a 1989 es profesor de la Academia de Cabos de la Guardia Civil de Guadarrama y, ya ascendido a Comandante, profesor de la Academia de Promoción de San Lorenzo del Escorial. En 1983 nace su segunda hija Marta.

En 1984 obtiene, después de los oportunos estudios, el Diploma de Criminología. En estos años realiza un Curso de Derecho Internacional Humanitario, impartido por la Cruz Roja Española y comienza a interesarse por esta rama del Derecho Internacional.

En 1993 asciende a Teniente Coronel, se traslada a Madrid con su familia y es destinado al Gabinete del Director General de la Guardia Civil.

Después de realizar los Cursos de Doctorado en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, lee y defiende su Tesis Doctoral "Modelo Policial español y Policías autonómicas", que merece la máxima calificación académica y es publicada por la editorial Dykinson en el año 1995.

En el año 1994 y hasta 1997 presta servicios en el Gabinete de Estudios y Prospectiva de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior y durante los años 1997 a 1999 en la Subdirección General de Personal de la Dirección General de Administración de Seguridad.

Durante esta etapa de su vida intensifica su dedicación profesional y, a la vez, realiza una gran actividad intelectual y académica, con publicación de libros y artículos de estudios policiales y de seguridad, participando en reuniones científicas de numerosas Universidades y Centros de Estudios españoles y extranjeros (Francia, Holanda, Italia, República Argentina, Méjico, República Dominicana y Cabo Verde).

En esta época es nombrado Profesor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario (CEDIH) de la Cruz Roja Española, impartiendo numerosas conferencias sobre esta materia y participando de forma muy relevante en las labores de investigación, preparación de normas jurídicas y asesoramiento de este centro. Realiza el prestigioso Curso de Derecho Internacional Humanitario en el Istituto Internazionale di Diritto Umanitario de San Remo (Italia) y desempeña la labor de Delegado de Difusión del Comité Internacional de la Cruz Roja en Mozambique, impartiendo cursos a los mandos militares.

En representación de la Cruz Roja participa de forma muy destacada en la Conferencia Diplomática de Oslo, donde se aprueba el Tratado sobre la prohibición de las minas antipersonas. Sobre esta materia impartirá numerosas conferencias y publicará el capítulo "Las minas antipersonal" del libro *Derecho Internacional Humaniario* de la Cruz Roja Española. También impartirá conferencias sobre esta materia en el archipiélago de Cabo Verde.

En el año 1999, es destinado como Jefe de Área a la Gerencia de Infraestructura y Equipamientos (GIESE), organismo adscrito a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, donde asciende a Coronel en el año 2000 y en 2003 es nombrado Secretario General, cargo que desempeñará hasta su fallecimiento.

En el campo del Derecho Internacional Humanitario, participa en 2004 como Profesor en el Curso avanzado para Profesores de diversas Universidades Americanas, organizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en Ciudad de Méjico. Durante estos años se interesa particularmente por la protección de los periodistas y medios de comunicación en los conflictos armados, participando en numerosas reuniones patrocinadas por Asociaciones de Prensa. Escribe el capítulo "Periodistas y guerra: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario" en el libro *Derecho Internacional Humanitario* de la Cruz Roja Española, publica el libro *La protección de los periodistas en caso de conflicto armado* (Tirant Lo Blanch y Cruz Roja, Valencia, 2007) y es designado perito judicial por la Audiencia Nacional para informar en el caso "Couso".

En el año 2004 asciende a General de Brigada de la Guardia Civil y en el año 2008 a General de División, falleciendo en Madrid el día de Navidad del año 2010.

El General Jar Couselo había realizado, entre otros, los Cursos de Desactivación de Explosivos, Esquí y Escalada, Circulación y Tráfico, Policía Judicial, Comunicaciones en la Escuela de Transmisiones y Electricidad de la Armada (ETEA), Superior de Información, XXV Curso de Defensa Nacional (Centro de Estudios Superiores de la Defensa Nacional, CESEDEN), Directivos de Policía en Holanda y Derecho Internacional Humanitario en el Istituto Internazionale di Diritto Umanitario de San Remo (Italia). Era Doctor en Ciencias Políticas y Sociología y Diplomado Superior en Criminología por la Universidad Complutense de Madrid.

Sus contribuciones a la normalización lingüística del idioma gallego están recogidas en su aportación a la obra colectiva *En galego, con todas seguridade* y *En galego, agora e sempre.* Participó en dos ocasiones como miembro del Jurado en los Premios de la Crítica en Mondariz y en julio de 2009 fue nombrado Juez Honorario del Coto Mixto. Uno de sus últimos escritos *Viaxe o fin do mundo,* relata su infancia en Pontevedra recordando su primera salida del Lérez para ver el mar.

La *Irmandade Xuridica Galega* (IXUGA), al fallecer Gonzalo Jar, realizó el día 11 de septiembre de 2010 un acto de homenaje a su memoria en el Pazo da Cultura de Pontevedra, descubriendo un busto del General Jar en la confluencia de la Avenida de Compostela y la rúa Alexandre Bóveda de Pontevedra.

En su última enfermedad, ya hospitalizado, encontró fuerzas para escribir un artículo *El Tratado de prohibición de las bombas de racimo,* en homenaje a su querido amigo el Magistrado del Tribunal Supremo y compañero de la

Cruz Roja Agustín Corrales Elizondo, recientemente fallecido, que puede considerase su obra póstuma.

La Cruz Roja Española, reconociendo los méritos de Gonzalo Jar Couselo en la difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, acordó concederle a título póstumo la Medalla de Oro de la Cruz Roja, que fue entregada el día 12 de mayo de 2010, en Toledo, a su viuda Mariluz Rodríguez Medel por S.A.R. la Infanta Doña Cristina, durante la celebración del Día Mundial de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

CONDECORACIONES

El General Jar Couselo estaba en posesión de las siguientes cruces y condecoraciones:

– Gran Cruz del Mérito Militar con distintivo blanco (2007)
– Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo (2004)
– Cruz de Plata de la Orden del Mérito de la Guardia Civil (2006)
– Placa de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo (1998)
– Encomienda de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo (1996)
– Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo (1994)
– Cruz del Merito Militar con distintivo blanco de Primera Clase (1991)
– Cruz con distintivo blanco de la Orden del Mérito de la Guardia Civil (1996)
– Cruz con distintivo blanco de la Orden del Mérito de la Guardia Civil (1999)
– Mención Honorifica sencilla (1990)

OBRA ESCRITA

Libros publicados

– *Modelo policial español y policías autónomas,* Ed. Dykinson, Madrid, 1995
– *Las mujeres en la Policía y en las Fuerzas Armadas. Especial referencia a la Guardia Civil,* Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

- *Modelos comparados de Policía,* Ed. Dykinson y Ministerio del Interior, Madrid 2000.
- *La protección de los periodistas en caso de conflicto armado,* Ed. Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007
- Coautor de la obra *La Guardia Civil Española,* Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 1ª Edición 1988. 2ª edición 1994
- Coautor de la obra *Legislación sobre Cuerpos de Policía. Ámbito estatal, Autonómico y Municipal.* Ed. Dykinson, Madrid, 1ª edición 1997. 2ª edición 2001
- Traductor de *La Policía,* libro de J. L. Loubet del Bayle, Ed. Acento, Colección Flash, núm. 103, Madrid 1998
- Autor de diversos capítulos y artículos monográficos en las siguientes obras:
    - *Psicología Jurídica y seguridad: Policía y Fuerzas Armadas,* Ed. Fundación Universidad-Empresa, 2 volúmenes, Madrid, 1988.
    - *Estudios de Criminología II,* Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios, Cuenca, 1999.
    - *La Criminología aplicada II,* Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998.
    - *Ayuda Humanitaria y cooperación al desarrollo,* Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.
    - "Las minas antipersonal" y "Periodistas y guerra: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario", en la obra *Derecho Internacional Humanitario,* Ed. Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, 2ª edición, Valencia, 2007.
    - *El Derecho Internacional Humanitario en una sociedad internacional en transición,* Ed. Tórculo, Santiago de Compostela, 2003.
    - *Los retos humanitarios del siglo XXI,* Ed. Universidad de Valencia y Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
    - *World Police Encyclopedia,* 2 volúmenes, Ed. Dilip K. Das., New York and London: Routledge, 2006.
    - *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global,* Ed. Tirant Lo Blanch y Universidad de Valencia, 2005.

- *Estudios de periodística XI. El periodismo motor de cultura y de paz,* Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma, Barcelona, 2004.

Artículos en revistas profesionales y académicas

- Número monográfico de la *Revista de Estudios Históricos de la Guardia Civil,* dedicado a la Agrupación de Tráfico, núm. 32, 1986.
- "La Guardia Civil en Navarra. 18-07.1936", revista *Príncipe de Viana,* núm. 192, Pamplona, 1991.
- "La mujer en la Guardia Civil: Una perspectiva sociológica", en *Revista Española de Investigaciones sociológicas,* núm. 59, Madrid, 1992.
- "La función social de la Guardia Civil", en *Cuadernos de Trabajo Social,* núm. 7, 1994.
- Número Monográfico de *Cuadernos de la Guardia Civil,* dedicado al 150 Aniversario de la creación del Cuerpo, núm. 10, 1994.
- "El Oficial de la Guardia Civil, en el momento fundacional", en *VI Seminario Duque de Ahumada,* Ed. Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- "El modelo policial alemán en la actualidad", en *Revista de Documentación del Ministerio de Interior,* núm. 12, mayo-agosto, 1996.
- "Reflexiones en torno a la vigencia del modelo francés de Policía", en *Cuadernos de la Guardia Civil,* núm. 16, 1996.
- "El Guardia Civil como policía de proximidad", *Congreso Internacional sobre la policía del futuro,* Ed. Universidad de Barcelona y Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat, Barcelona, 1997.
- "Las Mancomunidades de Policía a partir de la Constitución de 1978", en *Revista de Documentación del Ministerio del Interior,* núm. 15, mayo-agosto, 1997.
- "Evolución da Policía nunha sociedad democrática", en la obra colectiva *Policia e sociedad no ano 2000,* Ed. Academia Galega de Seguridade, Santiago de Compostela, 1997.
- "El proceso hacia la prohibición de las minas antipersonal", en *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 72, julio-diciembre, 1998.
- "¿Militares policías o policías militares?", Ponencia presentada en el X Seminario Duque de Ahumada, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 1999.

- "El papel de la Policía en una sociedad democrática", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* Madrid, enero-marzo, 1999.
- "El modelo inglés de Policía", en *Revista de Documentación del Ministerio del Interior,* núm. 21, mayo-agosto, 1999.
- "La mujer en la Ley del régimen de personal de la Guardia Civil", en el Número Extraordinario de *Cuadernos de la Guardia Civil,* dedicado a "Comentarios a la Ley de Régimen de Personal de la Guardia Civil", Madrid, 2000.
- "Las misiones de las Fuerzas Armadas en el Siglo XXI", Monografía Núm. 46 del CESEDEN, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.
- "Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS) y Protección civil (PC)", en *Revista de Documentación del Ministerio del Interior,* núm. 5, octubre-diciembre, 2001.
- "Vigencia de los sistemas de seguridad", en *Cuadernos de Policía Municipal,* núm. 15, 2002.
- "La protección de los periodistas en los conflictos armados", en Revista *Tiempo de Paz,* núm. 68, 2003.
- "Periodistas y guerra: Una perspectiva desde el Derecho Internacional Humanitario", en *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 83, enero-junio, 2004.
- "La muerte de José Couso, ¿un crimen de guerra?", en *Cuadernos de Periodistas,* núm. 3, abril de 2005.
- "El Consejo Asesor de Personal de la Guardia Civil", en *Cuadernos de la Guardia Civil,* núm. XXXIII, 2006.
- "La participación de las fuerzas gendármicas en caso de conflicto armado: El caso de la GNR portuguesa", en *Cuadernos de la Guardia Civil,* núm. XXXV, 2007.
- "Los ejércitos como actores en las emergencias humanitarias", en *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 90, julio-diciembre, 2007.
- "El Tratado de prohibición de las bombas de racimo", en *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 93, enero-junio, 2009, *In Memoriam Agustín Corrales Elizondo.*

ACTIVIDAD DOCENTE

- Once años de Profesorado en Academias de la Guardia Civil
- Profesor del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH)
- Delegado de Difusión del Comité Internacional de la Cruz Roja, responsable del Programa de Formación en Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas de países africanos de lengua portuguesa (Mozambique, 1997)
- Profesor del Curso de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas de la República de Cabo Verde, 2001.
- Ponente del Curso avanzado de Derecho Internacional Humanitario para Profesores de las Universidades Americanas, organizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en Ciudad de México, 2004.
- Profesor del Máster de Estudios Policiales de la Universidad de Barcelona
- Profesor invitado en el Máster de Criminología de la Universidad de Castilla-La Mancha
- Profesor del Máster en Dirección y Gestión de la Seguridad de la Universidad Carlos III de Madrid
- Profesor colaborador del Máster en Seguridad y Defensa. Universidad Complutense de Madrid y CESEDEN. Madrid
- Profesor de diversos Cursos de Derecho Internacional Humanitario en el Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado" de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Colaborador del Curso Superior de Dirección y Gestión de la Seguridad Pública de la Fundación "Ortega y Gasset". Madrid.
- Colaborador en el Máster en Acción Solidaria Internacional de Europa de la Universidad Carlos III. Madrid.

Manda testamentaria de Gonzalo Jar Couselo

A los diecisiete años, con mucha *morriña* y más miedo a lo desconocido, salí de mi casa de Lérez para comenzar una vida profesional, la de guardia civil, que, salvo el paréntesis de dos años en Lugo, me iba a obligar a tener que vivir lejos de ese pequeño paraíso que entonces era todo lo que estaba en la ribera de un río Lérez que hechizaba. Atrás dejaba a mis padres, pero sobre todo a mi abuela Xoana, una viejecita que moriría dos años más tarde y que nos dejaba a toda la familia, precisamente por no saber hablar otra lengua, la mejor herencia que nos podía transmitir, el uso permanente del gallego como única manera de comunicarnos entre nosotros. Mucho tiempo después descubriría el privilegio que supone desenvolver los primeros años de una vida con dos lenguas sin ningún esfuerzo para el niño que yo era. Una vez casado con una mujer no gallega, la llegada de dos hijas me planteó la duda de cómo tendría que hacer para que esa herencia que me fue transmitida, no muriera de forma definitiva, así que desde bien pequeñas y con la complicidad de mi mujer, puse en marcha un plan, vigente hasta hoy, que consistía en hablarles siempre en gallego, aunque ellas me contestaran en castellano. Pasaron los años y la mayor, Ana, hoy alta funcionario del Estado, tras estudiar cinco años en la escuela de idiomas de Madrid de gallego es ya una verdadera defensora de nuestra lengua; en cuanto a la pequeña, Marta, periodista, le costó un poco más la entrada en ese mundo, pero un Erasmus en Lisboa nos la trajo junto a nosotros por la vía del portugués. Es así como, cuando se aproxima el momento de hacer testamento, quiero pedirle a las dos que, de igual manera que recibieron ese privilegio, se comprometan ante la generación que les precedió a mantener viva lo que consideramos es el mejor legado que se le puede dejar a una persona.

Gonzalo Jar Couselo

“En galego, ahora e sempre”, Publicación da Asociación de Funcionarios para a Normalización lingüística. 2008.

Ós dezasete anos, con moita morriña e máis medo ó descoñecido, saín da miña casa de Lérez para comezar unha vida profesional, a de garda civil, que, salvo a paréntese de dous anos en Lugo, ía obrigarme a ter que vivir lonxe dese pequeno paraíso que entón era todo o que estaba á beira dun engaiolante río Lérez. Atrás deixaba os meus pais, pero sobre todo a miña avoa Xoana, unha velliña que morrería dous anos más tarde e que nos deixaba a toda a familia, precisamente por non saber falar outra lingua, a mellor herdanza que nos podía transmitir, o emprego permanente do galego como única maneira de comunicarnos entre nós. Moito tempo despois descubriría o privilexio que supón desenvolver os primeiros anos dunha vida con dúas linguas sen ningún esforzo para o neno que era. Unha vez casado cunha dona non galega, a chegada de dúas fillas plantexoume a dúbida de cómo tería que facer para que esa herdanza que me fora transmitida non morrera de maneira definitiva, así que, desde ben pequenas e coa complicidade da miña muller, puxen en marcha un plan, vixente deica hoxe, que consistía en falarlles sempre en galego aínda que elas me responderan en castelán. Pasaron os anos e a maior, Ana, hoxe alta funcionario do estado, tras estudar na escola de idiomas de Madrid cinco anos de galego é xa unha verdadeira defensora da nosa lingua; en canto á pequena, Marta, xornalista, custoulle un pouco máis a entrada nese mundo, pero un Erasmus en Lisboa tróuxoma ó noso eido pola vía do portugués. É así como, cando se aproxima o intre de facer testamento quero pedirlle a ámbalas dúas que, de igual maneira que recibiron ese privilexio, se comprometan ante a xeración que lles precedeu a manter viva o que consideramos é o mellor legado que se lle pode facer a unha persoa.

Gonzalo Jar Couselo

"En galego, ahora e sempre", Publicación da Asociación de Funcionarios para a Normalización lingüística. 2008.

El tratado de prohibición de las bombas de racimo

Gonzalo Jar Couselo
General de División de la Guardia Civil

I. DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

Una primera cuestión que se pretende resolver antes de abordar la problemática de este tipo de armas es dejar constancia de la variedad de términos que se emplean indistintamente para referirse a las mismas, algo que ciertamente no ha resultado pacífico. Así, se habla de 'municiones racimo' (*cluster bombs*), 'submuniciones', 'bombas de fragmentación', 'bombas de dispersión' o, la más común y restringida, 'bombas de racimo', denominación que será la utilizada en este trabajo (a partir de ahora, BR). Éstas se pueden considerar como proyectiles con cartuchos metálicos de caída libre o dirigida que contienen cientos de pequeñas submuniciones explosivas —cada unidad mide unos 10 cms.—, también llamadas 'bombetas', que se lanzan desde el aire (puede contener hasta 664 unidades) o desde piezas de artillería (hasta 60) que, en teoría, están diseñadas para explosionar, al impactar sobre el terreno o con un objeto o tras un lapso de tiempo prefijado, con el fin de inutilizar amplias zonas de terreno mediante la dispersión de dichos artefactos.

Durante una de las sesiones de la Conferencia de Examen de la 'Convención de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados' de 1980 (CCAC o CWC, en inglés), la propuesta de definición de BR presentada por Alemania había provocado discusiones intensas. Consideraba que eran armas "que se lanzan [desde piezas de artillería, de mísiles o lanzadas desde aviones] y están diseñadas para detonar en el momento del impacto con una distribución estadística en un área

predefinida", caracterizadas por una "falta de capacidad de detección de objetivos autónomos" y, con frecuencia, por la "existencia de un elevado número de peligrosos artefactos sin explotar que suponen serias amenazas humanitarias después de su uso". Además, ese término, no cubría las "municiones de fuego directo, munición de llamarada y humo, munición equipada con sensores y capacidad de detección de objetivos autónomos, submunición sin explosivos y minas antipersona".

En lo que sí existe acuerdo es en que las BR están diseñadas para matar soldados y dañar las armas enemigas; sin embargo, lo que suele ocurrir en la práctica, de ahí su perversión, es que muchas de ellas, dispersas por el terreno, no explotan según lo previsto y permanecen allí como una amenaza mortal hasta que son manipuladas —los expertos calculan que entre el 20 y el 30% de las arrojadas no explotan, ya sea por defectos de fabricación, caída en zonas blandas o en árboles, etc.—, convirtiendo el área afectada ('zona de impacto') en un verdadero campo de minas, lo que incrementa el riesgo para la población civil. Como las minas antipersonal (MAP), las BR pueden permanecer activas durante décadas después de terminada la guerra, o ser arrastradas por las lluvias, lo que provoca muertes y heridas a los civiles —el 98% del total, de las que el 27% de ellas son niños— que vuelven a sus casas y tierras una vez acabado el conflicto y después del cese de las hostilidades. Mientras el coordinador de actividades relativas a las minas para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), B. Lark, explicaba que, para muchas FAS, las BR, son muy rentables, al ser relativamente sencilla su producción, pues "Pueden producirse en gran cantidad y permiten de manera bastante fácil plagar una zona determinada con artefactos explosivos", el jefe de la Unidad de Armas de dicha organización, P. Herby, resaltaba la paradoja que puede suponer el que estas armas puedan ser también utilizadas por las fuerzas militares internacionales que intervienen "en nombre de causas humanitarias y de protección de la población".

A juicio de muchos analistas y organizaciones humanitarias, el uso de BR produce unos efectos altamente indiscriminados que suelen dar lugar a frecuentes violaciones de disposiciones fundamentales del Derecho Internacional Humanitario (DIH), al afectar a muchas áreas de terreno y personas de forma indiscriminada, con una alta probabilidad de provocar lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios, sobre todo entre los civiles, y en cualquier caso desproporcionado en comparación con cualquier ventaja militar que se pueda obtener con su empleo, por lo que su uso sería constitutivo de violación grave del mismo. Para Alcalde, dos eran los motivos para prohibirlas. En primer lugar, porque sus efectos se diseminan por una zona de gran amplitud y resulta

muy difícil delimitar su daño a un objetivo concreto, además de que, cuando son usadas cerca de población civil, constituyen casi con total seguridad una forma de ataque indiscriminado, al no ser posible distinguir entre objetivos civiles y militares. El segundo problema lo constituyen las municiones que quedan sin explotar a modo de MAP, lo que, de hecho, había provocado en los últimos años un renovado interés por parte de las organizaciones implicadas en el problema que estas armas ocasionan entre la población civil.

Distintas fuentes cifraban en 34 los países que fabricaban al inicio del 'Proceso de Oslo' hasta 210 tipos de BR —entre ellos, España—, armas que se habían utilizado al menos en 23 países hasta ese momento, en tanto eran 76 los que disponían en sus arsenales de este tipo de munición. K. Stapp, colaboradora de la organización *Tierramérica*, subrayaba que, a pesar de que los 75 gobiernos que almacenan BR —en especial, EEUU (en 2005, tenía unas existencias cercanas a los 730 millones de submuniciones), Rusia y China—, la mayor parte de las cuales se estaban tornando obsoletas y resultaban cada vez menos fiables, hacen oídos sordos a los llamamientos a favor de una regulación de las mismas y rechazan una moratoria, crecía la presión internacional contra su uso. Según estimaciones de esas mismas fuentes, el número de víctimas mortales causadas a nivel mundial por las BR oscilaba entre 56.218 y 64.982 —*Handicap Internacional* las cifraba en torno a 100.000 en los últimos 30 años—, de las cuales 275 eran militares, 3.906 desconocidos y el resto civiles.

Desde la II Guerra Mundial se han venido empleando diferentes variedades de BR en numerosos conflictos, desde Vietnam a los más recientes de Laos, Kosovo, Irak, Afganistán, Israel, Líbano y Georgia en el conflicto de 2008 (un informe de la UE, hecho público el *1-X-09* reconocía que este país las había usado y que existían "indicaciones" de que también Rusia en la ciudad de Gori). Mientras *Human Rightes Wachts* (HRW) denunciaba que el uso de BR en Kosovo "no fue consecuente con la doctrina de la fuerza limitada", el CICR recabó datos que mostraban que las BR causaron más de un tercio de las casi 500 víctimas civiles en dicho territorio —número similar al registrado en total por las minas terrestres y otros tipos de municiones—, de las que los niños menores de 14 años tenían cinco veces más probabilidades de resultar afectados por esas armas que por las MAP.

A raíz del conflicto de Irak (2003), tanto Washington como Londres alegaron que las BR eran armas de guerra legítimas y que, en los últimos años, habían desarrollado una nueva generación que, según decían, eran mucho más certeras, con efectos tardíos tan sólo en menos de un 1% de los casos. D. Karas, portavoz del Pentágono, aseguraba que la Fuerza Aérea de su país ha-

bía usado en Irak BR "muy certeras", diseñadas para "funcionar contra blancos previstos" y no diseminar municiones si no los alcanzaban. Sin embargo, otras preguntas sobre víctimas civiles y la posible propuesta de moratoria no fueron respondidas por Karas ni por otros funcionarios del Departamento consultados al efecto.

El 1-IX-06, la ONU calculaba que las FAS israelíes habían esparcido en el sur del Líbano entre dos y tres millones de BR —Israel reconoció haber disparado 1.800 proyectiles que transportaban 1,2 millones de BR—, de las cuales unas 100.000 seguían activas, la mayoría de ellas (un 90%) lanzadas durante las últimas 72 horas de la guerra entre Israel y Hezbolá, por lo que es frecuente encontrarse, todavía hoy, en el sur del país con el acceso prohibido a determinadas zonas y se recomienda no salir del margen de muchas carreteras. Unos 300 soldados del ejército libanés y otros 30 equipos, cada uno con un máximo de 30 expertos, trabajan allí en tareas de limpieza. El coronel M. Fahmy, jefe de la oficina nacional de limpieza de minas comentaba que su prioridad era "limpiar las casas, las carreteras principales y los huertos para que los desplazados puedan volver a sus aldeas. La siguiente fase será limpiar los terrenos agrícolas".

Mientras la organización británica *Land Mine Action*, recordaba que los equipos de desminado aún estaban trabajando en Líbano para desactivar BR utilizadas en las incursiones israelíes de 1978 y 1982, tarea que podía durar todavía 10 años, el coordinador de Ayuda Humanitaria de la ONU, J. Egeland, tras señalar que se habían localizado 359 zonas separadas con presencia de BR, además de unas 20.000 unidades de artillería también sin explotar, calificaba de completamente "inmoral" a Israel por utilizar este tipo de munición en áreas residenciales en los últimos días de la guerra, lo que estaba provocando la muerte diaria de muchas personas, acusaciones a las que el gobierno israelí respondía que la utilización de BR no estaba prohibida por la legalidad internacional y acusaba a Hezbolá de lanzar los cohetes desde áreas consideradas civiles. Más contundente se mostraría Ch. Clark, responsable de la ONU para la limpieza de estas armas, al acusar a Israel de haber entregado a la Finul mapas "inútiles" sobre las áreas donde se habían lanzado las BR.

Una vez declarado el alto el fuego (VIII-06), todos esos restos de armamento se iban a convertir en una de las mayores amenazas para las tropas de la Fuerza Interina de Naciones Unidas (Finul), incluidos los 1.100 soldados españoles, y la población civil en la zona, artefactos que habían provocado ya la muerte de al menos 30 civiles y 191 heridos por este tipo de armamento. Como señalaba S. Lovell, supervisor de uno de los equipos de limpieza, ellos "Viven con esto a diario". En X-06, se habían eliminado 4.500 BR, al tratarse de un

procedimiento dolorosamente lento, por lo que las autoridades calculaban que les llevaría unos 15 meses finalizar la tarea de limpiar la región. Según fuentes de la ONU, el día 29-XII-06 resultaron afectados, por vez primera, dos *cascos azules* belgas que sufrieron heridas por la explosión de BR.

El periódico israelí *Haaretz* publicaba, el 12-IX-06, un artículo anónimo donde se citaba al jefe de una unidad de cohetes en Líbano que criticaba la decisión de usar BR, pues "Lo que hemos hecho es demencial y monstruoso, hemos cubierto pueblos enteros de bombas de racimo". Todos los esfuerzos para conseguir que las autoridades israelíes explicasen la razón por la que se usaron estas armas resultaron vanos, y sus portavoces remitían las preguntas a breves declaraciones oficiales que sostenían que todo se había hecho "conforme a la legalidad internacional". Si bien los expertos militares consideraban que las BR eran armas legales muy eficaces si se dirigían contra objetivos militares, funcionarios de la ONU y miembros de Amnistía Internacional (AI) y HRW, opinaban que no siempre era así, toda vez que consideraban difícil dirigirlas con precisión exclusivamente contra blancos militares. En ese sentido, criticaban a Israel por haber lanzado la mayoría de las BR al final de la guerra, cuando el Consejo de Seguridad de la ONU negociaba ya la resolución del conflicto.

Tanto el coordinador de la ONU en ese país, D. Shearer, como D. Farran, funcionario de enlace con las comunidades en el Centro de Coordinación de la Acción de Limpieza de Minas en la zona, declaraban que un elevado porcentaje de los proyectiles sin estallar eran de fabricación estadounidense y, también, israelí, de igual manera que hay que dejar constancia de que también la guerrilla de Hezbolá había lanzado BR a través de sus cohetes Katiuskhas sobre la zona norte de Israel. Por su parte, EE UU, que reconocía haber vendido BR a Israel en el pasado, afirmaba estar investigando si su uso en esta guerra incumplía un acuerdo secreto que restringía su modo de empleo.

En I-07, el Departamento de Estado enviaba al Congreso un informe preliminar en el que se indicaba el posible uso ilegal de BR por parte de Israel, al haber incumplido este país el acuerdo suscrito con EE UU en esta materia. Su portavoz, S. McCormack, sin concretar el modo en que se llevaron a cabo y tras advertir que "esto no es un juicio definitivo", declaraba que, a buen seguro tras comprobar los efectos que dichas armas habían producido sobre la población civil una vez finalizado el conflicto, "Hubo posibles violaciones" del citado acuerdo. Por su parte, el portavoz de la embajada israelí en Washington, D. Siegel, tras recordar el derecho de su país a utilizarlas con arreglo a las leyes internacionales, subrayaba que "Ejercemos nuestro derecho a la defensa propia". A raíz de conocerse este informe, HRW instaba a EE UU a dejar de

exportar ese tipo de munición a Israel, razón por la que el periódico *The New York Times* señalaba que EE UU estaba estudiando la posibilidad de aplicar sanciones contra Israel por el uso de dichas armas, consideradas por muchos como de efectos indiscriminados que pueden causar la muerte de civiles, lo que se consideraba como una violación grave del DIH.

Por su parte, la 'Comisión Winograd' hacía público su informe, el 30-I-08, sobre la gestión de esa última guerra, en el que recomendaba que las FAS no volviesen a disparar las BR empleadas en la misma, lo que suponía un duro golpe a los argumentos del gobierno israelí, que había esgrimido, contra el criterio de los organismos internacionales de derechos humanos, que las BR eran un arma legal e insistía en la legitimidad de las acciones de guerra emprendidas. Según ese informe, los proyectiles estaban compuestos por miles de pequeñas bombas que "se diseminan sobre una gran extensión y la desactivación completa de las pequeñas cargas explosivas que dispersan, del tamaño de un teléfono móvil, se ignora cuándo concluirá. Algunas de ellas no explotan y pueden causar daños por un largo periodo de tiempo", añadiendo que "El modo en que se utilizaron no es conforme a la legislación internacional". Hay que reconocer que esa recomendación de no lanzar BR ya no tendría demasiadas consecuencias prácticas, pues, sólo en el caso de que se desatara una nueva guerra, se podría comprobar si el gobierno israelí haría caso de esa sugerencia. De cara al futuro, la comisión consideraba conveniente que, a la luz del derecho internacional, "elementos no militares" asesorasen a los militares sobre el uso de ciertas armas.

Alcalde considera que el bombardeo del Líbano por Israel acabó ayudando a la causa de la lucha contra las BR y tuvo, sin duda, una relevancia extraordinaria, como lo puso de manifiesto la representante de la Campaña Internacional contra las MAP (ICBL) J. Williams en Oslo, el día 21-II-07, en su discurso ante ONGs, representantes de gobiernos y los medios de comunicación social (**mcs**), al agradecer de manera irónica el uso que había hecho Israel de las BR: *"Thanks Israel"*. Hay que recordar que la cobertura mediática había sido muy intensa, incluso varios meses después del fin de la guerra, debido precisamente a las dificultades de las tareas de limpieza y desminado y los problemas socioeconómicos para las comunidades de las zonas afectadas, derivados de la presencia de restos de explosivos sin explotar. En ese sentido, el dato más citado por los **mcs** fue que, seis meses después del alto el fuego, al menos 200 civiles habían muerto o sufrido heridas por la acción de las BR que permanecían sin explotar. Para el mismo autor, si se aplican "términos contrafactuales", podría incluso afirmarse que, en caso de no haber existido la guerra del Líbano, probablemente la conferencia de Oslo no hubiese tenido lugar y que,

de cualquier manera, lo ocurrido en ese conflicto había acelerado el proceso de negociación sobre las BR.

II. EL PAPEL DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LA MEDIA LUNA ROJA (MICRMLR) ANTE DICHA PROBLEMÁTICA

Ya se ha dicho con anterioridad que un sector de la doctrina se mostraba partidario de abordar el problema de las BR en el ámbito de la CCAC, razón por la que, tras la experiencia de Kosovo (1999), una iniciativa del CICR consiguió un éxito limitado al conseguir que se aprobase en 2003 el Protocolo V de esa Convención, sobre restos explosivos de guerra (REG), según el cual todas las partes en un conflicto armado tenían la responsabilidad de proceder a la remoción de las municiones sin explotar, prestar asistencia para hacerlo y suministrar información sobre los tipos y la ubicación de dichas municiones. A pesar de la presión de organizaciones como el CICR, *Landmine Action*, UNMAS y HRW, que creyeron que dicha norma recogería las aspiraciones de los partidarios de una regulación de las BR, el resultado final fue considerado como un documento bastante débil respecto a las pretensiones iniciales, ya que el texto no contenía restricciones sobre el empleo de las BR ni obligaciones para reducir su elevado índice de fallos, ni tampoco abordaba el elevado riesgo y los efectos indiscriminados que suponían los ataques con ese tipo de armas cuando las submuniciones no explotan, particularmente si el ataque se perpetraba en una zona poblada.

Mientras los partidarios del luego denominado 'Proceso de Oslo' consideraron como "insuficiente" dicho Protocolo para sus fines, G. Laurie, coordinador de UNMAS, realizaba una interpretación más optimista de las posibilidades del mismo y, respecto al proceso de negociación, señalaba que "el enfoque pragmático de los negociadores, el hábil liderazgo del Coordinador y sobre todo la honda inspiración humanitaria de los trabajos, promovida fundamentalmente por el CICR, permitieron concluir las negociaciones del Protocolo V de manera rápida y efectiva". Por su parte, Alcalde consideraba que, como consecuencia de la adopción del nuevo Protocolo, el enfoque de la iniciativa *Cluster Munition Coalition* (CMC) empezaba a cambiar, pues entendía, citando a su coordinador, T. Nash, que el hecho de que los Estados mostrasen voluntad de afrontar el problema de los REG en términos generales, mientras defendían el derecho a usar las grandes cantidades de BR que mantenían en sus arsenales,

acabó de convencer a las ONGs para centrarse en conseguir una respuesta específica a los problemas causados por estas armas. Así, pues, a partir de ese momento, el objetivo de la CMC quedaba delimitado a los problemas específicos de las BR —extensión del área de sus efectos y el de la existencia de REG—, idea que, desde finales de 2004, explicitaban ya claramente los documentos de esa coalición.

Por su parte, el CICR, desde su informe sobre Kosovo (2000), venía expresando sus preocupaciones humanitarias acerca de los efectos de las BR, participando de manera activa en todos los debates internacionales sobre las mismas, tanto en el marco de la CCAC como en otros foros. Desde 2003, año en que hizo un llamamiento para que se prohibiera su uso en zonas pobladas, el Consejo de Delegados expresaba su preocupación acerca del alto coste humano que generaba el empleo de esas armas. En 2005, ese mismo Consejo hacía también un llamamiento a los Estados para que eliminasen las BR que no fuesen precisas o que tuviesen un elevado índice de error, ya que, ante el constante aumento del sufrimiento de las personas civiles y de la dificultad de limpiar estas armas, era cada vez más apremiante que los Estados actuasen en los planos nacional e internacional para abordar la cuestión.

En la Conferencia de Examen de la CCAC, celebrada en Ginebra en XI-06, el CICR señalaba que las amenazas particulares de estas armas exigían que se adoptasen medidas urgentes por parte de los gobiernos, como el cese inmediato del uso de BR que no fuesen precisas y confiables, la prohibición de lanzarlas contra objetivos militares ubicados en zonas pobladas y la eliminación y no transferencia de existencias de las imprecisas y poco fiables. Precisamente, durante esa conferencia, el entonces secretario general de la ONU, K. Annan, pidió que se tomaran medidas para atajar los efectos de las BR sobre la población civil y, en clara alusión a Líbano, añadía que "Hechos recientes muestran la atrocidad y los efectos inhumanos de estas armas". Por su parte, J. Egeland solicitaba que se congelase el uso de las BR, advirtiendo que, "Mientras no exista una prohibición efectiva, esas armas seguirán afectando de manera desproporcionada a los civiles, mutilando a mujeres, niños y otros grupos vulnerables".

Esa implicación del CICR, organización neutral y respetada por las distintas partes en los conflictos, merecía, a juicio de Alcalde, ser subrayada, al ser un hecho poco frecuente que expresase su apoyo claro a una campaña de este tipo. El compromiso del CICR se plasmaría en Oslo en la organización de la reunión de expertos que tendría lugar en IV-07, en la localidad suiza de Montreux, para debatir la utilidad militar de este tipo de armas y la elaboración de nuevas normas de DIH destinadas de manera específica a reglamentarlas, en

concreto, un tratado por el que se prohibiese el uso, desarrollo, producción, almacenamiento y transferencia de las que no fuesen precisas ni fiables, incluyendo también disposiciones relacionadas con la asistencia a las víctimas, la limpieza de las zonas afectadas y las actividades para minimizar sus consecuencias para la población civil.

El Consejo de Delegados, tras recordar la Resolución sobre Armas y DIH (Seúl, XI-05) y acoger con agrado el informe de seguimiento del CICR, ponía de relieve que los controles adecuados sobre el uso y la proliferación de armas era esencial para proteger a las personas civiles contra los efectos indiscriminados y a los combatientes contra sufrimientos innecesarios. Asimismo, se mostraba "profundamente preocupado" por el costo humano de las BR durante los conflictos y después de éstos, reconocía los obstáculos que estas armas suponían para la reconstrucción tras un conflicto y para el desarrollo, expresaba su gran preocupación por los efectos indiscriminados de dichas armas y las consecuencias que éstas tenían para la población civil y la acción humanitaria, y alarmado por la presencia de millones de BR que no eran precisas ni fiables en los arsenales de diferentes países.

Al mismo tiempo, se congratulaba por el compromiso contraído en la Conferencia de Oslo para concluir un tratado hacia finales de 2008 por el que se prohibiesen las BR que causen daños inaceptables a las personas civiles, así como por los esfuerzos para abordar esta cuestión en el contexto de la CCAC y el creciente número de Estados que ya había decidido aplicar una moratoria al uso de las BR que no fuesen precisas ni fiables, incluso a eliminar las armas de esta índole. Por todo ello, alentaba todos los trabajos que se estaban realizando para aliviar los sufrimientos de las víctimas de las BR y para remover estas armas y otros REG que ya contaminaban a países afectados por la guerra. Tras instar a todos los componentes del Movimiento a que sensibilizasen acerca de los ingentes costos humanos y socioeconómicos del uso de las BR y ayudasen a fomentar el apoyo nacional para la aprobación de ese nuevo tratado de DIH, pedía al CICR que informase al Consejo de Delegados de 2009 sobre los progresos realizados en la aplicación de dichos objetivos.

En opinión del CICR, mientras el objetivo de los trabajos de la CCAC sobre las BR estaba definido con menor precisión, era probable que en los próximos años el asunto de estas armas siguiese ocupando un lugar destacado en los programas de las políticas nacionales e internacionales. En ese sentido, el compromiso formalizado ya por unos 70 Estados de concluir ese tratado hacia finales de 2008, estaba adquiriendo importancia y un creciente número de gobiernos se estaban alineando con ese objetivo humanitario. Sin embargo, consideraba posible que los dos procesos —el de la CCAC y la 'Iniciativa

Noruega'— pudiesen dar lugar a la elaboración de esos instrumentos en 2008 o 2009, fin por el que el CICR seguiría trabajando.

El 21-II-08, coincidiendo con la celebración de la conferencia que se celebraba en Wellington (Nueva Zelanda), Cruz Roja Española hacía público un comunicado de prensa en el que reclamaba medidas urgentes contra dichas armas. Tras recordar que se trataba de múltiples pequeñas bombas diseñadas, en general, para explotar por impacto, que tenían un radio de acción considerable, sin embargo subrayaba que un alto porcentaje de ellas no suele estallar según lo previsto, lo que provoca muertes y heridas entre la población civil durante años después del fin de las hostilidades. Además de causar víctimas directas, la presencia de submuniciones sin estallar demoraba la llegada de la ayuda humanitaria, obstaculizaba la reconstrucción y hacía que el uso de las zonas agrícolas se tornase sumamente peligroso. Como apunta J. L. Rodríguez Villasante, director del CEDIH, "Las personas civiles sufren intensamente durante los conflictos. Es inaceptable que deban seguir padeciendo los efectos del empleo de estas armas años después del fin de las hostilidades".

A nivel internacional, el MICRMLR ya había exhortado a los Estados a negociar, con urgencia, un nuevo tratado de derecho internacional que prohibiese por completo las BR "imprecisas y no fiables", tratado que debería también contener disposiciones sobre la limpieza de las zonas en ese momento contaminadas por estas armas y sobre la asistencia a las víctimas de las mismas. Durante la celebración de la XXX Conferencia Internacional del MICRMLR, celebrada en XII-07 en Ginebra, se formuló la promesa de apoyar y difundir la 'Declaración de Oslo', promoviendo la aprobación de un tratado internacional sobre prohibición de las BR, así como la asistencia a las víctimas y la remoción de tales municiones, de tal forma que, como indicaba Rodríguez Villasante, "Ahora tenemos la oportunidad de prevenir un gran sufrimiento humano si logramos que estas armas nunca se usen y sean destruidas. Si proliferan y se utilizan, podríamos enfrentarnos a una crisis humanitaria mayor que la causada por las minas terrestres".

III. LA CREACIÓN DE LA CMC: EL 'PROCESO DE OSLO'

A fin de abordar la problemática relativa a las BR, en XI-03 y coincidiendo con las fechas previas a la reunión de la CCAC, una coalición de cerca de 80 ONGs de todo el mundo, entre las que se encontraban HRW y *Handicap Internacional*, presentaban en La Haya la iniciativa *Cluster Munition Coalition* (CMC), compuesta en la actualidad por más de 200 ONGs de 50 países, encar-

gada de promover una campaña internacional para conseguir la prohibición total de las BR. En el documento fundacional, además de intentar impedir la fabricación, venta y uso de este tipo de artefactos, se pretendía también que los países que los hubiesen empleado adquiriesen una responsabilidad especial para la limpieza de los conocidos como REG dejados tras de sí por los conflictos armados y a asistir a las víctimas, con el argumento de que la CMC debía llenar el hueco dejado por la ICBL, que no incluía las BR en su mandato. Hay que señalar que un importante aliado de esas ONGs y los países que colideraban el proceso eran algunos de los departamentos de la ONU, muchos de los cuales —UNICEF, UNMAS, el PNUD y OCHA— ya habían suscrito una declaración en 2003 pidiendo una moratoria en el uso de estas armas.

Al igual que había ocurrido con las MAP, el primer punto de inflexión se produciría con la decisión de Bélgica, el 9-VI-06, de aprobar la legislación que prohibía las BR en su territorio, con dos excepciones: las que no contenían submuniciones explosivas y están diseñadas para crear humo o luces y las que contenían submuniciones con mecanismos individuales que van directamente al objetivo y que, por tanto, no dejan REG, excepciones que, en principio, serían aceptables para la CMC en un futuro tratado internacional. El gobierno belga llegó incluso a prohibir las inversiones en bancos que financiasen la producción de BR (según el último informe de *Netwerk Vlaanderen*, BBVA y Banco Santander estarían entre ellos), decisión que sirvió para que influyentes organizaciones en este ámbito, como *Landmine Action*, decidieran modificar su posición inicial, de defensa de una moratoria, para pasar a pedir la prohibición de las BR en Gran Bretaña.

Como ya se ha dicho, el uso masivo de BR en la guerra del Líbano (2006) puso de relieve la necesidad de tomar medidas urgentes para hacer frente a las consecuencias para la población civil y a la proliferación de esas municiones. Por ello, durante la reunión de la CCAC (2006) y tras años de renuencia a abordar esta cuestión, 25 países hicieron un llamamiento a favor de la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las BR. De manera simultánea, fuera de ese ámbito y mientras el gobierno noruego había comenzado a realizar una serie de reuniones entre los Estados que se habían comprometido a entablar negociaciones en 2008 sobre un tratado relativo a esas armas, el CICR continuaba trabajando en la búsqueda de una solución urgente a los problemas humanitarios que planteaban dichas armas, con lo que pretendía contribuir al logro de los mejores resultados posibles tanto en el contexto de la CCAC como de la 'Iniciativa Noruega'.

Dado que, entonces, casi todas las principales potencias militares se opusieron a iniciar negociaciones para el nuevo tratado, los Estados Partes en la CCAC sólo estuvieron de acuerdo en continuar las discusiones sobre las BR por medio del Grupo de Expertos Gubernamentales, el cual se reunió en VI-07 pero no logró el consenso sobre la línea que había de seguirse. Aun cuando varias de esas potencias indicaron que estaban dispuestas a negociar un instrumento en el marco de la CCAC, otros se seguían oponiendo a ello, razón por la que el Grupo no logró acuerdo alguno, pero recomendó que la Reunión de Estados Partes que tendría lugar en XI-07 decidiese sobre la mejor manera de abordar las consecuencias de las BR en el ámbito humanitario.

Fue al finalizar esa reunión de Examen de la CCAC cuando Noruega declaró su intención de organizar la Conferencia de Oslo, para lo cual invitó a los gobiernos que deseasen apoyar la elaboración de nuevas normas sobre esas armas a una reunión en Oslo en II-07. Al mismo tiempo, la correlación de fuerzas dentro de la CMC se iba modificando con la entrada de nuevas organizaciones en su comité ejecutivo, entre otras, *Norwegian People's Aid*, lo que propiciaba que ganasen más peso los partidarios de la prohibición. En el caso de la ICBL, ausente en todo el proceso de creación de la CMC, no decidió formar parte activa de la misma hasta XII-06, presencia que provocó que la coalición aumentase notablemente su cobertura mediática, su legitimidad y sus relaciones con distintos sectores de la sociedad y la política internacional. A partir de ese momento, el objetivo de la CMC pasaba a ser la prohibición total de las BR, sin que las excepciones de la ley belga fuesen vistas como una amenaza a este planteamiento.

Los días 22 y 23-II-07, 49 Estados —los que habían mostrado un mayor interés y voluntad de llevar a cabo una acción urgente para tratar el problema de las BR—, y más de 100 organizaciones humanitarias y ONGs —entre ellas, *Greenpeace España, Fundació per la Pau* y *Moviment per la Pau* como miembros de la CMC—, el CICR y la CMC se reunían en Oslo, en una conferencia organizada por el gobierno de Noruega, para debatir medidas realistas y efectivas que impidiesen que la crisis humanitaria provocada por el uso de BR continuase y se propagase, así como impulsar la aprobación en 2008 de un tratado internacional que proscribiese esas armas. Destacar que tres acontecimientos conformaron la semana de acción contra las BR en la capital noruega: el primero, la propia reunión gubernamental; el segundo, el foro social de las ONGs en torno a la CMC, que contó con la participación de dos ministros del gobierno noruego, la Premio Nobel J. Williams y una intensa cobertura de los **mcs** y, por último, una serie de talleres informativos para ONGs.

El objetivo del gobierno de Noruega —que había decretado ya una moratoria junto a Austria—, y de las ONGs participantes en la conferencia, era lograr la prohibición de las BR y acordar los medios necesarios para destruirlas y para ayudar a los países afectados por las mismas. El ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, J. G. Store, en un llamamiento a favor de esa prohibición, recordaba que la comunidad internacional debería solucionar los problemas que planteaban estas armas y crear un nuevo instrumento legal para poner fin al desastre humanitario que provocaban, ya que ocasionaban un grave e innecesario sufrimiento a civiles en las zonas de guerra, durante y después del conflicto. A su juicio, sólo una respuesta humanitaria colectiva que adoptase pronto medidas eficaces, similares a las adoptadas con las MAP una década antes, podría abordar el problema de una manera significativa.

Ante la ya denominada también 'Iniciativa Noruega', Alcalde descubre posiciones a favor y en contra. Así, los países más reticentes al proceso argumentaban que este proceso debería seguir siendo abordado en el marco de la CCAC, pues, de lo contrario, no contaría con la participación de los principales productores de BR. Toda vez que países como EE UU, Rusia y China nunca aceptarían prohibir las BR, se debería intentar buscar soluciones más realistas y de compromiso entre todas las partes. En Oslo, una de las cuestiones previas al debate se planteó al considerar algunos Estados, los partidarios de tratar este tema en el ámbito de la CCAC —Alemania, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Letonia y Suiza—, hicieron declaración explícita de su voto positivo en el sentido de que lo era porque se entendía que el foro de debate debería ser la CCAC. Por contra, se recordaba también que la negociación de un nuevo tratado que pretendiese prohibir las BR podría afectar la práctica de los Estados que no lo suscribiesen, de modo similar a como el Tratado de Ottawa había modificado la de muchos Estados no miembros del mismo. Alcalde recuerda que, aunque en su primera intervención se había mostrado de modo similar a los países anteriores, finalmente España no hizo mención a esta cuestión al manifestar el sentido de su voto.

La declaración final fue aprobada por 46 de los 49 Estados representados en la conferencia, entre ellos alguno de los principales productores: Alemania, Francia y Gran Bretaña. La histórica declaración, muy bien acogida por parte del secretario general de la ONU, abogaba por la conclusión en 2008 de un instrumento internacional que prohibiese el uso, producción, transferencia y almacenamiento de "las municiones de racimo que causen daños inaceptables a las personas civiles" e instaba a cada país a dar los pasos necesarios a nivel nacional para acabar con esas armas y para que el tratado fuese posible, además de establecer un marco de cooperación y asistencia para el cuidado y la rehabilitación de los supervivientes, la limpieza de las zonas contaminadas,

la educación sobre los riesgos, y la destrucción de las BR prohibidas. Por su parte, España, que sí había apoyado el texto, anunciaba que participaría "activamente" en todos los foros que tratasen la cuestión e instaba a los países a "definir en 2008 un instrumento internacional legal" que permitiese prohibir "el uso, producción, transferencia y almacenamiento de estas municiones de racimo que causan daños inaceptables a los civiles".

Al mismo tiempo, algunos de los principales productores de armas del mundo, como EE UU, Rusia, Israel o China, países que tampoco habían firmado el Tratado de Ottawa, intentaron boicotear con sus ausencias el éxito de la conferencia, pero la organización prefirió restar importancia a las mismas. Otros países, como Australia, India o Pakistán, tampoco asistieron, con el argumento de que este tema debería ser tratado en otros foros, como la CCAC, aun cuando se daba la circunstancia de que, en XI-06, los Estados parte de esa Convención no lograron un acuerdo para iniciar las negociaciones sobre este tema, razón por la que el gobierno noruego anunció que lideraría un proceso encaminado a lograr ese nuevo tratado.

El gobierno de EE UU, aun cuando era consciente de que se trataba de un asunto que generaba gran preocupación a nivel humanitario, defendía el uso de las BR como una "opción militar", explicando que ya había tomado medidas para hacer frente a la amenaza que pudiesen plantear este tipo de armas, como el establecimiento de mejoras técnicas o de reglas claras sobre cómo podían y debían utilizarse. En ese sentido, EE UU entraría en el grupo de los partidarios de las BR, al poseer una doctrina militar que prevé intervenciones militares en las cuales puede tener que enfrentarse a fuerzas militares basadas en el uso de unidades blindadas, sin contar todavía con una tecnología alternativa e igual de barata y efectiva para ese fin.

En opinión de Alcalde, el argumento de la utilidad militar de las BR era, sin duda, uno de los que más controversia causaba, ya que, si bien fueron diseñadas principalmente durante la *guerra fría* para ser usadas contra columnas extensas de carros blindados, los conflictos militares actuales eran muy distintos y el uso de este tipo de armamento suponía en ocasiones una dificultad añadida a estrategias políticas y militares, al poner en riesgo a civiles e incluso a los propios soldados. En cualquier caso, hasta la fecha no se había hecho pública evidencia concreta de su efectividad militar, por lo que, ante esa incertidumbre, las ONGs argumentaban que, "sea cual sea su utilidad militar, sin duda sus consecuencias humanitarias son mayores". Para Alcalde, el asunto de la utilidad militar era clave, al entender que muchos de los países que pretendiesen adherirse al 'Proceso de Oslo' tendrían en consideración este

factor para defender sus propios intereses, de ahí que esperase que los que contasen con industrias militares avanzadas, y con altos presupuestos de defensa, tuviesen incentivos para invertir en mejoras técnicas que aumentasen la fiabilidad de estas armas. De igual manera, consideraba improbable que los países pobres lo hiciesen, aunque podrían ser inducidos a no utilizar las (escasas) BR que tuviesen almacenadas si se les ofrecía una alternativa económicamente asequible.

Los partidarios del 'Proceso de Oslo' consideraban un éxito importante la respuesta positiva por parte de países que habían mostrado en el ámbito de la CCAC posiciones reacias a un proceso como éste, en particular Alemania, Canadá, Francia, Gran Bretaña, Italia y Suiza, pues ello habría provocado una reacción en cadena, arrastrando consigo a otros países que no tenían las preferencias demasiado definidas. Una serie de países, entre otros, Argentina, Angola, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Egipto, España, Finlandia, Jordania, Líbano, Malta y Serbia, expresaron en sus intervenciones su apoyo al texto en su totalidad, sin especificar matices especiales al mismo. En concreto, países como Austria, Bélgica, Costa Rica, Irlanda, México, Nueva Zelanda y Perú, se comprometieron a organizar las siguientes reuniones del proceso, mostrándose dispuestos, junto a Noruega, a coliderarlo. También las organizaciones internacionales presentes en la conferencia dieron su apoyo total al mismo, como el CICR, el Vaticano y distintos departamentos de Naciones Unidas, entre ellos, PNUD, OCHA, UNHCR, UNIDIR y UNICEF.

Por el contrario, los tres países que abiertamente rechazaron adherirse al texto, y expresaron sus reservas al mismo al considerar que el asunto debería tratarse en la CCAC, fueron Japón, Polonia y Rumanía, previendo, quizás, que habría muchos más que votarían en contra. Japón y Polonia fueron de los primeros en votar, viéndose después en una posición muy incómoda, ya que las declaraciones negativas eran recibidas con un frío silencio por parte de los representantes de las ONGs presentes en la sala, que agradecían con calurosos aplausos los votos positivos. En ese sentido, Japón se vio obligado a hacer una segunda e insólita intervención para matizar su posición e intentar así mejorar su imagen de cara a la opinión pública y al resto de las delegaciones oficiales. Curioso también fue el argumento esgrimido por Polonia, al considerar que "este proceso contribuirá a mejorar el funcionamiento de la CCW, así que ahora podemos volver a negociar en el marco de la CCW".

Como valoración de lo conseguido en Oslo, mientras S. Eckey, del Ministerio de Asuntos Exteriores noruego, afirmaba que "Hemos superado las expectativas más optimistas... En el primer día había varios que tenían reservas. Hemos tenido que realizar un trabajo político, con las delegaciones y con los

Gobiernos, para lograr este resultado. Estamos muy satisfechos", J. Williams, premio Nobel de la Paz en 1997 por su activismo contra las MAP, declaraba: "Cuando empezamos la campaña contra las minas, nadie creyó que lo lograríamos. En cinco años conseguimos el apoyo de la gente y un tratado para prohibirlas. Por eso estoy convencida de que habrá otro sobre las bombas de racimo".

Para Alcalde, la declaración aprobada en Oslo era "un texto inteligentemente escrito" que, de forma deliberada, utilizaba un "lenguaje ambiguo, amplio y abierto", que permitía incorporar todo tipo de matices e interpretaciones. Esa ambigüedad hacía referencia a la delimitación temporal del proceso, al señalar el texto final que debería haber un tratado en 2008; sin embargo, algunos Estados condicionaron su voto a la interpretación de esta frase como un "objetivo ambicioso", pero no como una fecha ante la que habría necesariamente que haber concluido un documento "legalmente vinculante". Entre los países que defendían un proceso más lento, se hallaban Alemania, Suiza y Canadá —afirmaba que dos años era un período muy corto para negociar un tratado de estas características—, lo que en el caso de este último país mostraba una vez más que no estaba dispuesto a desempeñar en este proceso el papel protagonista que tuvo en la negociación para acabar con las MAP.

Como conclusión, Alcalde considera el resultado de la Conferencia de Oslo "un gran éxito" para las ONGs agrupadas en la CMC, para los países que colideraban este proceso y, particularmente, para la imagen y el prestigio internacional de Noruega, si se tiene en cuenta que 46 de 49 países, un número mayor incluso de lo que esperaba la CMC —su coordinador, Th. Nash, afirmaba que "esperamos entre 30 y 40 Estados"—, acordaron profundizar en el proceso de prohibición. Antes de producirse la votación, el copresidente de la CMC, S. Goose, señalaba que obtener el apoyo de 30 Estados a la declaración sería ya "todo un éxito". Sin embargo, el mismo Alcalde opina que pensar que el texto legalmente vinculante prohibiría todas las BR parecía un "ejercicio de optimismo desmesurado", por lo que el futuro de la negociación pasaba por acordar qué era exactamente lo que se iba a prohibir, qué era lo que se iba a restringir y qué era lo que se iba a permitir.

No hay que olvidar, como señala dicho autor, que los Estados no son "entidades unitarias y herméticas" y, de hecho, presentan a menudo diversidad de opiniones e intereses en su seno, con tensiones frecuentes entre los Ministerios de Defensa y Asuntos Exteriores y, en aquellos países donde existe, particularmente con el Ministerio de Desarrollo Internacional. Ese era el caso, por ejemplo, de Gran Bretaña que, pese a anunciar, el 19-III-06, una prohibición de las BR "no inteligentes" o que no contuviesen mecanismos de autodestruc-

ción y firmar (con condiciones) la declaración de Oslo, seguía siendo uno de los países más reacios a tratar el tema fuera de la CCAC. Alcalde consideraba que el esperanzador comienzo del 'Proceso de Oslo' sugería que la influencia de las organizaciones de la sociedad civil podía ser realmente efectiva bajo una serie de condiciones, que incluyesen "unas reglas del juego flexibles y un liderazgo efectivo y creíble por parte de países aliados" dispuestos a dedicar recursos y organización a una cuestión que tuviese efectos humanitarios concretos.

En opinión de Alcalde, parecía claro que, en Lima (V-07), reunión a la que asistieron más de 70 países, los Estados tendrían que poner las cartas sobre la mesa para intentar asumir de partida una serie de compromisos, más concretos que el texto abierto y ambiguo aprobado en Oslo, de cara a conseguir una solución que contase con el mayor número de países favorables y que limitase de algún modo el uso de este tipo de armas, llegando incluso a prohibir aquellas que tuviesen un mayor porcentaje de error y que produjesen, por tanto, mayores efectos negativos desde el punto de vista humanitario. Desde la Perspectiva militar, sería en propio interés de las FAS de esos países el intentar hallar una tecnología más avanzada y eficaz de la que disponían las actuales BR.

Frente a los Estados que se oponían a toda posible excepción a la definición de "munición en racimo", manifestando su apoyo a una prohibición total, otros abordaron una lista de excepciones en la que se incluían varios tipos de sub-municiones explosivas: las que apuntan, detectan y aseguran objetivos o blancos; las que contienen un menor número de sub-municiones explosivas que el especificado; las que dispongan de mecanismos de auto-destrucción y/o auto-desactivación u otro mecanismo a prueba de fallos, aquellas cuya tasa probada de error fuese menor a un porcentaje específico, las de naturaleza no-convencional y las que están por encima de un umbral mínimo por volumen y masa. Al mes siguiente, representantes de EE UU anunciaban que estaban dispuestos a negociar un nuevo tratado sobre el uso de las BR, con lo que este país alteraba su anterior postura contra la necesidad de un nuevo tratado, si bien continuaba oponiéndose a la propuesta de prohibición, posición que, según los analistas, podría interesar también a Rusia y China.

En X-07, coincidiendo con la Conferencia de países afectados por las BR celebrada en Belgrado —organizada, dentro del 'Proceso de Oslo', con apoyo financiero de Noruega y logístico del PNUD—, la OTAN informaba a Serbia de la localización exacta de las lanzadas por la organización en su ofensiva aérea de 1999 con ocasión de la guerra de Kosovo, en la que más de 1.000 artefactos de ese tipo cayeron en un total de 219 lugares diferentes, para lo que

se solicitaba ayuda internacional. Participaron alrededor de 50 países, de ellos 20 afectados y 10 de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, España, Gran Bretaña, Hungría, Irlanda y República Checa). En el acto de inauguración de la misma, el ministro serbio de Asuntos Exteriores anunció que su país estaba estudiando la posibilidad de declarar una moratoria unilateral para las BR y, aun cuando el tono general de la reunión se mostró a favor de esa posición, no llegó a debatirse el texto concreto elaborado en Lima.

En el primer Día Mundial de Acción contra las BR (5-XI-07), la CMC, reunida en la ciudad de La Haya, instaba a los gobiernos a que declarasen una moratoria en el uso, comercio y producción de este tipo de armas, "hasta que sus problemas humanitarios estén resueltos", y que participasen en las discusiones sobre un nuevo tratado internacional para su prohibición que tendría lugar el mes siguiente. Ocho días después, de manera al parecer deliberada, finalizaba la reunión anual de la CCAC en Ginebra sin que se hubiese alcanzado compromiso alguno acerca de la prohibición del uso de las BR, tal y como señalaba el CIRC, sino sólo un vago compromiso para impulsar, a partir del año siguiente, las negociaciones para un tratado que abordase los aspectos humanitarios de este tipo de armamento. No obstante, algunos países, como España, Gran Bretaña o Japón, solicitaban contemplar ciertas excepciones en este tratado, principalmente en el caso de que técnicamente se pudieran presentar mecanismos autodestructivos para las BR. Es de destacar, asimismo, la postura adoptada por algunos países de relevancia, como el caso de Rusia, que participaba en estos foros en calidad aparente de observador, o la de aquellos que se mantenían abiertamente ajenos a cualquier proceso en este ámbito, como EE UU, China, Israel, India o Pakistán.

En la conferencia celebrada en Viena (XII-07), con el respaldo de 138 países, se comenzó ya a elaborar un texto mucho más concreto, que permitió debatir sobre aspectos que finalmente serían incorporados a la Convención. Así, varias delegaciones expresaron su preferencia por que los objetivos del proceso fueran destacados en el texto de la Convención, como era el caso de la necesidad de poner fin al sufrimiento de las víctimas que las BR causan entre los civiles, algo que se reflejaría en el preámbulo. Asimismo, algunas delegaciones expresaron de nuevo la necesidad de trabajar de manera detallada el tema de la *interoperabilidad* militar con los Estados No Parte de la Convención, asunto sobre el se volvería de manera más precisa en Wellington.

Una nueva conferencia se celebró del 18 al 22-II-08 en la ciudad neozelandesa de Wellington, con la presencia de representantes de 122 países, donde, además de sentar las bases para un nuevo tratado internacional para la prohibición de las BR, se firmó una nueva declaración donde los Estados debe-

rían suscribir la nueva convención en una conferencia diplomática, que se celebraría en Dublín durante el mes de mayo próximo, de ahí que el proyecto de texto fuese presentado por el embajador irlandés para el Desarme, H. O'Ceallaigh. En un encuentro de composición abierta de expertos jurídicos militares, presidida por el general K. Riordan, director general de la Sección Legal de la Fuerza de Defensa de Nueva Zelanda, las delegaciones debatieron sobre cuestiones fundamentales, como la forma en que las fuerzas militares podrían seguir trabajando en operaciones conjuntas hasta la firma del nuevo tratado junto con Estados que no fuesen partes en la Convención, en países como Afganistán.

El debate en las sesiones plenarias se centró en el texto del nuevo tratado, en las que hubo referencias a determinadas características técnicas (por ejemplo, del sensor de detonación, mecanismos de autodestrucción, etc.), que podrían ser excluidas de la definición de BR. Finalmente, la conferencia se clausuró con el apoyo de 82 países favorables al borrador del tratado de prohibición —19 países firmaron la Declaración de Wellington—, cuyo texto final fue aprobado tras rechazarse las enmiendas que buscaban suavizar su contenido. En línea con esa decisión final, se esperaba además que otros gobiernos subscribiesen este borrador antes del encuentro en Dublín del próximo mes de mayo, donde se pretendía negociar el texto final.

Se llevaron a cabo, también, sesiones oficiosas sobre cuestiones como la limpieza de las BR y la asistencia a las víctimas y, en otra de esas sesiones, presidida por el general nezeolandés K. Riordan, director general de Servicios Jurídicos de Defensa, se debatió sobre el concepto de *interoperabilidad*. Se trató de una enmienda presentada por Alemania, y apoyada por Francia, Gran Bretaña, Italia, Dinamarca y España para que se incluyese como segunda frase en el artículo 1, 1(C)], al hablar de la prohibición absoluta de uso de BR, el texto siguiente: "Esta disposición no excluye la mera participación en el planeamiento o ejecución de operaciones, ejercicios u otras actividades de las Fuerzas Armadas o un nacional de un Estado Parte de esta Convención dirigidas en combinación con las Fuerzas Armadas de Estados no parte de la Convención los cuales participen en actividades prohibidas bajo esta Convención". Finalmente, este concepto sería incorporado como apartado 3 del artículo 21.

IV. LA POSICIÓN DE ESPAÑA

Al igual que había ocurrido con el 'Proceso de Ottawa', la posición española frente al problema de las BR no pareció seguir una línea clara respecto a lo que podía ser la decisión final a la hora de suscribir un tratado de prohibición de esas armas. En ese sentido, conviene recordar que ya, el 26-X-06, con ocasión de aprobarse en el Comité de la ONU que aborda las cuestiones de desarme y seguridad internacional una resolución que, en síntesis, creaba un grupo de expertos gubernamentales que estudiaría el futuro desarrollo de un tratado internacional vinculante sobre transferencias de armas convencionales, España había votado entonces a favor de esa decisión, por lo que, muy pronto, debería aprobarse a nivel interno una ley que controlase, hasta cierto punto, el comercio de armamentos, la cual llegaría en un buen momento, pues coincidiría con el proceso de regulación internacional de transferencias de armas.

A fin de cumplir esos mandatos, el último Consejo de Ministros de 2006 aprobaba el proyecto de Ley sobre 'Control del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso', texto que, a juicio de Alcalde, presentaba serias debilidades, entre ellas, llamaba particularmente la atención la decisión del gobierno de no prohibir las BR, lo que entraba en contradicción con el discurso de apuesta por la paz adoptado por el Ejecutivo de Zapatero, todo ello a pesar de que la diplomacia española podría implicarse a fondo en las iniciativas multilaterales para prohibir ese tipo de armas. Las ONGs, que venían alentando todo ese proceso desde hacía más de una década, no fueron consultadas sobre el tema, en contraste con la actitud del gobierno respecto a la industria española de armamentos, que sí había tenido incluso acceso al texto del anteproyecto antes de su aprobación por el Consejo de Ministros, con lo que, finalmente, desde dichas organizaciones se consideró que el texto aprobado coincidía parcialmente con los intereses de la industria de defensa y dejaba de lado bastantes de sus reivindicaciones, en particular respecto al nivel de transparencia de las operaciones, con lo que la regulación vigente no se veía modificada de forma sustancial.

Aun cuando los respectivos gobiernos no habían realizado nunca declaraciones expresas sobre el empleo de las BR —el Ministerio de Defensa había admitido, en VI-05, que las FAS poseían "un arsenal limitado de bombas que contienen, respectivamente, submuniciones contra carro y antipista"—, sí se conocía su posición a través del sistema de control parlamentario llevado a cabo por los partidos de la oposición. Así, en sendas respuestas parlamentarias a los diputados C. Campuzano (CiU) y J. Herrera (IU-ICV), fechadas el 28-XI-06, el gobierno socialista, tras reconocer que en España se fabricaban "dos modelos de bombas dispensadoras de submuniciones", que "disponen

de sistemas de seguridad que inactivan y dejan inerte la munición al cabo de un corto período de tiempo", subrayaba que, pese a tratarse del mayor riesgo para sus *cascos azules* destacados en Líbano, el gobierno descartaba prohibir por el momento la producción de "las municiones de ese tipo fabricadas por España y de dotación en sus FAS [ya que] cumplen con los requerimientos técnicos de autodestrucción y autoneutralización" y que "las capacidades militares que proporcionan estas municiones son necesarias para el mantenimiento de la operatividad de las Fuerzas Armadas". Hay que señalar que, en dichas respuestas, el gobierno se mostraba también favorable a establecer "un grupo de trabajo para tratar en profundidad el impacto humanitario de las municiones de racimo", así como a negociar un tratado "que regule los aspectos humanitarios suscitados por su utilización".

De manera casi simultánea, en XII-06, la rama española de la ONG *Greenpeace*, al mismo tiempo que, por medio de su director, presentaba una proposición en el parlamento para prohibir las BR, publicaba un informe —*Bombas de racimo: la lluvia de acero. Razones para la prohibición*— donde denunciaba que España era "uno de los países que poseen y fabrican bombas de racimo", armamento que había sido utilizado ya en más de 20 conflictos en los últimos años y que había causado alrededor de 100.000 muertos, el 98% de los cuales civiles. A juicio de la organización, es imposible emplear este armamento sin afectar a la población civil, con lo que se estaría contraviniendo el DIH, resaltando la contradicción de la postura española, en la medida que la desactivación de esas armas era una de las tareas que asumían sus soldados en las misiones de paz, por lo que, dados sus efectos indiscriminados, reclamaba que las BR se sometiesen a un proceso de prohibición similar al de las MAP.

Según ese informe, las FAS españolas disponían de tres tipos de BR: la CBU-100B (Rockeye), importada de EE UU, la antipista BME-330 para el Ejército del Aire y la granada de mortero MAT-120 para el de Tierra, estas dos últimas fabricadas por las empresas españolas FAEX, Instalaza, SA, Santa Bárbara e Internacional Tecnology, SA. Las dos últimas se habían utilizado en conflictos como los de Kosovo o Irak y, en VII-06, el Ejército de Tierra había adquirido 500 MAT-120 a Instalaza, cada una con 21 submuniciones, por valor de 1,4 millones de euros. Hay que señalar que, mientras que las norteamericanas se desactivaban automáticamente, las españolas incorporaban un dispositivo electrónico para hacerlas estallar pasado un tiempo, de ahí que el problema surgiese cuando fallasen estos mecanismos.

Tras considerar que las capacidades militares que proporcionaban las BR eran necesarias para el mantenimiento de la operatividad de las FAS, de ahí la conveniencia de incidir en la importancia de limitar la prohibición de estas

armas únicamente a las municiones inseguras e intentar evitar a toda costa una prohibición total de las mismas, lo que debilitaría las capacidades en caso de conflicto, desde instancias próximas al Ministerio de Defensa, se reconocía que las FAS españolas disponían de BR que cumplían con los requisitos máximos de fiabilidad y seguridad, y que por tanto podían considerarse armas aceptables dentro del ámbito del DIH. Mientras las MAT-120 disponían de espoletas electrónicas que, en caso de fallar tras su empleo por las causas que fuesen, pierden la carga electrónica de los condensadores, lo que impide su activación posterior, las BME-330 no disponían de tales sistemas, si bien podrían instalarse en las bombas y desarrollos futuros de otro tipo de municiones. En cualquier caso lo que preocupaba a *Greenpeace* era que "la falta de transparencia en el comercio español de armamento hace imposible saber a quiénes las vende".

En V-07, coincidiendo con el debate de la ley citada anteriormente en el Congreso de los Diputados, tanto CiU como IU-ICV presentaban iniciativas en el Congreso para prohibir las BR. Días después, el gobierno, por medio de una enmienda transaccional ofrecida por el PSOE a los demás grupos, se comprometía por ley a promover y apoyar las iniciativas "que tengan por objetivo la restricción y, en su caso, la prohibición de las bombas de racimo, especialmente peligrosas para las poblaciones civiles". Sin embargo, para *Greenpeace*, la paradoja estribaba en que empresas españolas fabricaban BR y, de momento, no había intención de que dejasen de hacerlo, por lo que subrayaba la contradicción de esa postura respecto al hecho de que la desactivación de estas peligrosas armas fuese, precisamente, una de las tareas que debían asumir los soldados españoles desplegados en el Líbano.

Desde instancias oficiales se recordaba que, en las diferentes reuniones internacionales celebradas para tratar el futuro de las BR (Oslo, Lima y Wellington), habían surgido dos posturas claramente diferenciadas: por un lado, el grupo de países y organismos que defendía una prohibición total y, por otro, aquellos otros partidarios de una prohibición parcial, limitada a las municiones que no dispusiesen de sistemas que las hagan seguras y fiables dentro del ámbito humanitario, con la incorporación de mecanismos de autodestrucción. Esta última postura fue, precisamente, la que apoyó la delegación española en las reuniones a las que asistió, al mismo tiempo que defendía la necesidad de tratar este asunto dentro del marco de la CCAC, si bien finalmente no hizo mención a esta cuestión al manifestar el sentido positivo de su voto al texto en su totalidad, sin especificar matices especiales al mismo. Esa posición llevaba a Alcalde a considerar que la posición española debería ser consecuente con su postura a nivel internacional, de ahí que, si bien había que valorar positivamente la presencia de sus representantes en Oslo, sin embar-

go, el espíritu de la 'Iniciativa Noruega' debería verse reflejado también en la legislación a nivel interno.

Dado que en aquellos momentos el principal tema de discusión se centraba en el logro de un acuerdo que estableciese una definición definitiva de BR y las restricciones de su empleo, en la reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales de la CCAC (Ginebra, VI-07), la delegación alemana propuso a la española formar parte de un grupo de 13 países —compuesto, además de por los dos, por Australia, Dinamarca, Francia, Finlandia, Gran Bretaña, Holanda, Polonia, Portugal y Suiza—, para impulsar un nuevo Protocolo (sería el VI de la CCAC) dedicado a las BR, con el fin de presentarlo en la próxima reunión de Estados Parte que se celebraría en esa ciudad en XI-07, propuesta aceptada por la delegación española. En ese borrador de Protocolo, que se empezó a redactar con las aportaciones de cada uno de esos Estados, se pretendía obtener una definición definitiva de BR, así como las limitaciones y restricciones a imponer en el empleo de estas armas con objeto de evitar daños colaterales dentro del ámbito humanitario.

Alcalde considera que la posición de España en el ámbito internacional respecto a este tema se había expresado hasta ese momento en "declaraciones de muy buenas intenciones, pero sin verdadera voluntad de superar o de ir más allá de lo que se acuerde con los demás socios comunitarios". En cualquier caso, dado que España estuvo en Oslo y dio su apoyo a la declaración aprobada, debería mantener una postura congruente en la ley sobre el 'Control del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso' que se discutía en esos momentos en el Parlamento español. Para dicho autor, y dado que España estaba en el grupo de cabeza a nivel internacional, debería ser coherente en su política interna, todavía más influida por los intereses económicos que por aspectos humanitarios, advirtiendo que la "política pacifista" de Zapatero necesitaba de "gestos claros, más allá de las palabras y del talante".

Como señalaba un editorial del periódico *El País* (4-I-07), la única manera de que la decisión del gobierno de no apoyar la prohibición de las BR no incurriese en contradicción con "el discurso de pacifismo a ultranza adoptado por el Ejecutivo de Zapatero", era que la diplomacia española se implicase a fondo en las iniciativas multilaterales para prohibir ese tipo de armas. A juicio de dicho diario, la reciente experiencia de Líbano constituía un poderoso argumento para "no demorar los esfuerzos para alcanzar un acuerdo internacional que las prohíba". Finalmente, el gobierno español aprobaría, el 11-VII-08, un Acuerdo por el que se disponía una moratoria unilateral relativa a las BR y anunciaba que impulsaría el proceso de firma y ratificación del texto aprobado en la reunión de Dublín, lo que implicaba un firme compromiso a

favor de la prohibición de dichas armas. Así, el 3-XII-08, firmaba el tratado de Oslo, ratificado posteriormente, el 17-VI-09, convirtiéndose en el décimo país en hacerlo.

En virtud de lo previsto en el artículo 3, España tendría que deshacerse en el plazo de 8 años de las BR con que contase en sus arsenales, proceso que se llevó a cabo en las instalaciones extremeñas de FAEX en un tiempo record (18-III-09) y con un coste aproximado de 4,9 millones de euros. De cara a los fines establecidos en el apartado 6 del citado artículo —"para el desarrollo de y entrenamiento en técnicas de detección, limpieza y destrucción... no excederá el número mínimo absolutamente necesario para estos fines"—, decidió retener 836 municiones, que contenían 28.615 submuniciones en el Centro Internacional de Desminado de Hoyo de Manzanares (Madrid), convertido el 2-X-09 por el Consejo de Ministros en 'Centro de excelencia contra artefactos explosivos improvisados'.

V. SIMILITUDES ENTRE LOS PROCESOS DE OTTAWA Y OSLO

Llegados a este punto, y después de lo descrito con anterioridad, no parece descabellado plantearse si entre los dos procesos no existen similitudes suficientes que hagan pensar en un mismo final para ambos. Conviene, pues, dar un salto atrás en el tiempo y retrotraerse a la conferencia de revisión de la CCAC (1996), donde la ausencia de resultados concretos respecto al planteamiento de prohibición de las MAP defendido por la ICBL y otras organizaciones (CICR, ONU, etc.) provocó que Canadá convocase la primera reunión de Ottawa (X-96), que desembocaría en la firma del Tratado de prohibición en dicha ciudad (3-XII-07) y posterior entrada en vigor (1-III-99). De igual manera, ahora, la falta de acuerdo en los foros tradicionales de desarme, entre ellos de nuevo la CCAC, al revelarse, en palabras de Alcalde, como un "procedimiento excesivamente lento, burocrático e ineficaz", capaz de impulsar un proceso más rápido y efectivo que abordase el tema de las BR, dio lugar al denominado 'Proceso de Oslo', considerado por dicho autor un claro ejemplo de "nueva diplomacia creativa", similar al instrumentado en Ottawa, caracterizada por procesos de negociación multilaterales y abiertos, con reglas flexibles y con un papel protagonista de la sociedad civil y el apoyo de los **mcs**.

El corresponsal R. Lobo consideraba que la campaña internacional contra las MAP constituía el "gran referente" de la que había empezado en Oslo

en II-07, pues aun cuando ambas arrancaron "de una manera modesta", con apenas media docena de ONGs que las pusieron en marcha, con posterioridad reuniría hoy a miles de organizaciones a favor de sus respectivas causas. En ese mismo sentido, un sector de los analistas en este tipo de cuestiones consideraba que Noruega pretendía seguir los pasos dados por el gobierno canadiense con ocasión del proceso de Ottawa, al descubrir que contaba, al menos, con 40 Estados favorables a la prohibición. El que los grandes fabricantes de armamento —EEUU, Rusia y China— estuviesen ausentes de los dos procesos no hacía más que aumentar su similitud.

Que este nuevo proceso era heredero del de Ottawa fue un hecho reconocido por activistas y diplomáticos. Así, uno de los padres de esta iniciativa, S. Kongstad, jefe de la delegación noruega en dicha conferencia, había sido el embajador de su país en la misión permanente de la ONU en Ginebra y el jefe de la delegación negociadora en la CCAC en los años 90, por lo que tuvo un papel protagonista en el 'Proceso de Ottawa'. J. Engeland, que anteriormente había presidido la sección noruega de AI y trabajado también para el CICR, persona clave en el papel de liderazgo que ejerció Noruega en las negociaciones para prohibir las MAP, era en ese momento secretario general adjunto para Asuntos Humanitarios, cargo que desempeñó durante la crisis del Líbano en 2006. Finalmente, J. G. Store, ministro de Asuntos Exteriores noruego desde 2005 y antiguo secretario general de la Cruz Roja de su país, fue el encargado de iniciar los discursos institucionales en el Foro de la Sociedad civil de Oslo sobre los efectos humanitarios de las BR.

De hecho, el gobierno de Noruega ya había expresado su deseo de que el nuevo tratado fuese similar al negociado en Oslo en 1997 contra las MAP. Así, mientras el propio Store se mostraba convencido de que los 156 firmantes de Ottawa tendrían las mismas razones para adherirse a la campaña para erradicar las BR porque "estamos hablando de lo mismo", S. Eckey, alto funcionario del departamento, tras recordar que ese tipo de armas "no distinguen entre civiles y militares", aseguraba que "Esta conferencia arranca con más apoyos de los que hubo en 1992. Tenemos 49 países, incluido Colombia, que se acaba de sumar, y tenemos peticiones de otros que desean sumarse. El objetivo no es a largo plazo, el objetivo es lograr un acuerdo en 2008. Éste es un problema creciente y debemos actuar antes de que afecte a más personas".

A fin de reafirmar la similitud en dichos procesos, en Oslo también estaba J. Williams, que se convirtió en la gran estrella de la primera jornada de la conferencia, comparando ambas situaciones porque "las bombas de racimo también son responsables de la muerte de miles de civiles", insistiendo en que "Indiscriminado es indiscriminado, sea una mina antipersona, una bomba

de racimo o un artefacto nuclear. Toda arma indiscriminada es ilegal bajo la ley internacional". En la misma línea, se consideraban muy clarificadoras las palabras del secretario de Estado británico para el Desarrollo Internacional, en XI-06, recogidas en una carta filtrada a las ONGs: "es difícil ver como podemos mantener una posición tan prominente contra las minas antipersona y, al mismo tiempo, seguir manteniendo que el uso de las bombas racimo es, de algún modo, aceptable".

Otros invitados especiales en Oslo fueron personas que tradicionalmente habían jugado papeles de mediación "en la sombra" en el 'Proceso de Ottawa', como los representantes de la ICBL, particularmente J. Williams y S. Goose, D. Atwood (director de la Oficina de Ginebra de los Cuáqueros en la ONU y pieza clave en los procesos negociadores en MAP y armas ligeras), P. McCarthy (Coordinador del Foro de Ginebra, mecanismo informal de reunión e información particularmente activo en el tema de las armas ligeras), junto a algunos miembros de UNIDIR (quienes analizan regularmente las negociaciones internacionales en el campo del desarme) y A. Honeyman (directora ejecutiva del Fondo por la Memoria de Diana, Princesa de Gales, una de las instituciones que más recursos dona a las causas de las MAP y las BR). También las ONGs implicadas en este tema, agrupadas en la CMC, como había hecho la ICBL en el tema de las MAP, llevaron a cabo una estrategia de sensibilización pública efectiva, publicando datos y mensajes concretos a través de los **mcs** y conseguido situar este problema humanitario en la agenda de la comunidad internacional, forzando a los Estados a tener que debatir sobre el asunto.

Asimismo, fueron también frecuentes los vínculos entre los propios actores de ambos procesos, tanto diplomáticos como activistas. Así, algunos de los miembros de la CMC, cuyos despachos se encontraban en las oficinas de *Landmine Action* en Gran Bretaña, eran secciones nacionales de la ICBL (como las de Camboya, Japón y Afganistán). Uno de los máximos donantes de *Landmine Action*, el Fondo para la memoria de Diana, Princesa de Gales, se convirtió también en principal donante de la CMC. Y organizaciones como HRW tenían representantes en los Comités Ejecutivos de la ICBL y de la CMC. Lo cierto es que, una década después, muchas de las ONGs que formaron parte de la ICBL y otras nuevas, agrupadas en la CMC, asumieron un papel de magnitud similar en el proceso de negociación para prohibir las BR.

De igual manera que con las MAP, se comenzaron los procesos planteando dos perspectivas distintas: prohibición o restricción. Así, mientras HRW, basándose en una lectura rigurosa del DIH, llevaba desde 1998 proponiendo una moratoria en el uso de BR y una serie de reformas respecto a la prohibición de

usar este tipo de armamento cerca de áreas pobladas y las que no estuviesen equipadas con mecanismos de autodestrucción o autoneutralización, otras organizaciones como *Handicap International* y el *Comité Central Menonita*, enfrentadas a diario con los efectos de estas armas, proponían prohibir totalmente su uso, argumentando que introducir únicamente reformas limitadas no sería suficiente para evitar que se siguiesen produciendo más víctimas. Finalmente, una posición intermedia era la mantenida por *Norwegian People's Aid*, entidad coorganizadora de la semana de acción contra las BR en Oslo y partidaria de una prohibición de algunas de estas municiones, que aceptaba restricciones a la prohibición, siempre y cuando se tratase de tipos concretos de armas cuyo uso no supusiese una preocupación humanitaria.

A juicio de Alcalde, existen numerosas semejanzas entre las MAP y las BR, pues, aparte de aspectos meramente técnicos, como el hecho de que tanto unas como otras pueden ser antipersona y antivehículos, existen factores de mayor trascendencia. Así, ambas producen efectos socio-económicos en las comunidades afectadas que van más allá de los efectos puramente humanitarios; en ambos casos existen importantes coaliciones de ONGs que apoyan la causa y, en los dos casos, se ha optado por desarrollar procesos de "diplomacia no tradicional". Sin embargo, dos diferencias afectaban estos procesos para la creación de nuevas normas internacionales. En el caso de las MAP, considerarlas como armas con una utilidad militar manifiestamente baja y, hasta cierto punto, desfasadas tecnológicamente, lo que no impedía que sus efectos, desde el punto de vista humanitario fuesen más evidentes que en el caso de las BR. Sin embargo, y pese a que éstas habían matado y herido ya a miles de personas en las últimas décadas, la principal catástrofe todavía no había ocurrido y podía, por tanto, aún evitarse, lo que le convertía sobre todo en un "objetivo de prevención".

VI. LA FIRMA DEL TRATADO

La ceremonia de firmas que tuvo lugar los días 3 y 4 de diciembre de 2008 en Oslo, con 94 Estados que suscribieron la Convención tuvo, para todas las ONGs que formaban parte de la CMC, los Estados que habían promovido el proceso, las agencias de la ONU, y el MICRMLR, que habían venido luchando desde hacía más de cuatro años en favor de la prohibición de las BR, un claro sabor a victoria. Desde la CMC su copresidente, R. Moyes, declaraba que "El mundo es un lugar más seguro hoy. Este es el acuerdo humanitario más importante de la última década" y consideraba que el tratado suponía

un compromiso moral que aumentaría el coste político de la utilización de estas armas para todos los países, ya que "Incluso los países que no firmaron tendrán dificultades de utilizar estas armas en el futuro". Por su parte, el ministro noruego de Asuntos Exteriores, J. G. Støre, que ejerció de anfitrión de la ceremonia, calificaba de "histórico" el día y comunicaba que el tratado ya había sido ratificado por cuatro países: Noruega, el primero, Irlanda, Ciudad del Vaticano y Sierra Leona.

Más de 100 países estuvieron representados allí, algunos por sus ministros de Exteriores, como el caso de España, Francia, Alemania, Gran Bretaña y Japón, a fin de hacer más visible su compromiso con la iniciativa. Afganistán, según anunció su representante, que se había negado a firmarlo por ser un país en guerra, cambió a última hora de opinión, lo que provocó un estallido de júbilo entre los asistentes a la conferencia. Por el contrario, otros países productores y usuarios de BR, como EE UU, Rusia, China, India, Pakistán e Israel, brillaron par su ausencia. D. Kimball, director de la organización *Arms Control Association* (ACA), con base en Washington, sostenía que "Es cierto que hay ausencias importantes, pero el mundo debe saber que el paso dado es muy importante", y que, "Con más de 100 países comprometidos en su prohibición, el Gobierno que utilice una bomba de racimo a partir de ahora sentirá los reproches de la comunidad internacional y deberá dar muchas explicaciones".

Según la propia ACA, EE UU, con un stock de 700 millones de BR, se comprometía de aquí a 2018 a no utilizar, vender o transferir BR cuya tasa de error fuese superior al 1% —la mayoría de las que posee no cumplen con este requisito—, reiterando el departamento de Estado su oposición al tratado, pues, "Aunque compartimos las preocupaciones humanitarias de los Estados signatarios del convenio (...) nosotros no nos sumaremos a él". Como argumento, alegaba que una prohibición de estas bombas formulada de manera tan general "pondrá en peligro las vidas de nuestros hombres y nuestras mujeres" y de sus socios de coalición en los conflictos. Con ese pretexto, Israel no sólo no adoptaba ningún tipo de compromiso similar, sino que seguía comprando BR en EEUU y utilizándolas en su último conflicto, como la invasión de la Franja de Gaza.

Sin embargo, las ONGs que confiaban en que la llegada de B. Obama a la Casa Blanca modificase esa postura, vieron cómo, en IV-09, el presidente firmaba una ley que prácticamente eliminaría la posibilidad de exportar este tipo de armas, al poner en marcha restricciones que prohíben vender las BR cuando exista la posibilidad de que se vayan a destinar a zonas donde se encuentren civiles, decisión que se consideraba un gran éxito para la campaña

contra esas municiones y que representaba, además, una señal de su compromiso con la diplomacia multilateral.

El texto final del nuevo tratado prohíbe la producción, uso, venta, transferencia y almacenaje de BR, y no le será de aplicación a las minas, el cual entrará en vigor a los seis meses de que haya sido ratificado por 30 Estados, los cuales deberán presentar un listado detallado de sus arsenales, que deberán ser destruidos en un plazo máximo de ocho años (salvo el "número mínimo absolutamente necesario" para tareas de formación) y reclama la limpieza de las zonas "contaminadas" en un plazo de diez años y la ayuda a las víctimas. A pesar de las reticencias de algunos países, no se han incluido periodos de transición que permitirían seguir utilizando dichas armas durante un cierto tiempo, ni tampoco existe la posibilidad de que algún país exprese reservas sobre algunas de las disposiciones del tratado, ya que éste lo prohíbe de manera expresa. Otro mecanismo que incorpora el tratado es el proceso por el que tendría que pasar un país firmante para tener que usar o vender BR, con el que, para *Greenpeace*, se trata de fijar una barrera de "vergüenza política" con la que los dirigentes tendrían que explicar tan detalladamente los motivos que tenderían a evitarlo para no quedar retratados.

Uno de los elementos más innovadores, y que más satisfacción suscitaba entre las ONGs, era el apartado relativo a la asistencia a las víctimas —uno de los menos fuertes del Tratado de Ottawa—, ya que se establece la obligación de proporcionar asistencia médica, rehabilitación y apoyo psicológico, teniendo en cuenta las consideraciones de sexo y edad, así como recabar si es necesario ayuda internacional. La aplicación de estas medidas deberá llevarse a cabo por cada Estado parte mediante el desarrollo de planes nacionales, donde se fijen calendarios y presupuesto y cuyo cumplimiento será supervisado por el secretario general de la ONU mediante informes en los que los gobiernos deberán comunicar las medidas adoptadas para cumplir sus cláusulas.

Cada Estado Parte estará obligado a informar al secretario general de la ONU "tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de 180 días a partir de la entrada en vigor de la Convención para ese Estado", de las medidas de transparencia a que obliga la misma. La primera reunión de los Estados Parte se convocará en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención y la primera conferencia de examen a los cinco años de esa fecha. El contenido de la Convención no estará sujeto a reservas y su duración será ilimitada, en tanto cualquier Estado puede declarar, mientras dura el proceso de incorporación, que aplicará "provisionalmente" el contenido del artículo 1. Finalmente, "los Estados Parte, su personal militar o sus nacionales" podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con

Estados no Parte "que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado Parte" (art. 21.3).

La permisividad respecto al ya conocido como término de *interoperabilidad* lo que viene es a permitir, también, que las FAS de los Estados firmantes puedan cooperar con otras que sí utilicen las BR, punto incluido en las negociaciones para que países como Reino Unido pudieran sumarse al tratado sin poner en peligro su colaboración con EE UU. La cooperación entre un país firmante y otro deberá cumplir, sin embargo, una condición básica: que el Ejército del primero no se apoye en el segundo, o se beneficie, de las BR que utilice el segundo en las operaciones militares, vía que ha permitido que el tratado recibiese el apoyo de 18 de los 26 miembros de la OTAN.

Lo cierto es que todo parece indicar que, al igual que ocurrió en Ottawa, tras la firma del tratado de Oslo es posible que otros muchos se vayan sumando al mismo de manera progresiva (no hay que olvidar que, en estos momentos, son ya 156 los Estados Parte de Ottawa), hasta conseguir limitar en la medida de lo posible los terribles efectos de estas armas. Una vez finalizada la ceremonia de Oslo, la Convención aún puede ser firmada por los Estados en la sede de la ONU en Nueva York hasta que entre en vigor, una vez que 30 Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación ante el secretario general de la ONU —que actuará como depositario del tratado—, algo que Støre esperaba ocurriese en 2009, de tal forma que, una vez que el tratado entrase en vigor, el periodo para su firma quedase cerrado.

A día 24-XI-09, eran ya 24 los Estados que lo habían ratificado, el último Nicaragua (2-XI-09), mientras algunos tan significativos como Colombia, sin ratificarlo todavía, ya ha procedido a la destrucción de sus arsenales. En todo caso, los esfuerzos para incrementar el número de firmas y ratificaciones continuarán, a cuyo fin ya están siendo planeadas reuniones nacionales y regionales para animar a los Estados a unirse lo más pronto posible al mismo, recordando que los países firmantes están obligados a presionar a los países no vinculados con el tratado para que no empleen este tipo de armamento y a que lo ratifiquen cuanto antes. Por su parte, el CIRC ha preparado una variedad de materiales para ayudar a promover la Convención y un DVD en el que describe el problema de las BR y las obligaciones del nuevo tratado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE, Javier, *¿Las bombas de racimo ilegales en 2008? Hacia un nuevo proceso de desarme internacional*. DT nº 15/2007. (IV-07).

– *España y las bombas de racimo*, Instituto de Gobernabilidad de Cataluña, 2007.

GUSI, Francesc, *La Conferencia de Dublín acuerda la prohibición de las bombas de racimo*. Revista Gobernanza, núm. 3, agosto 2008.

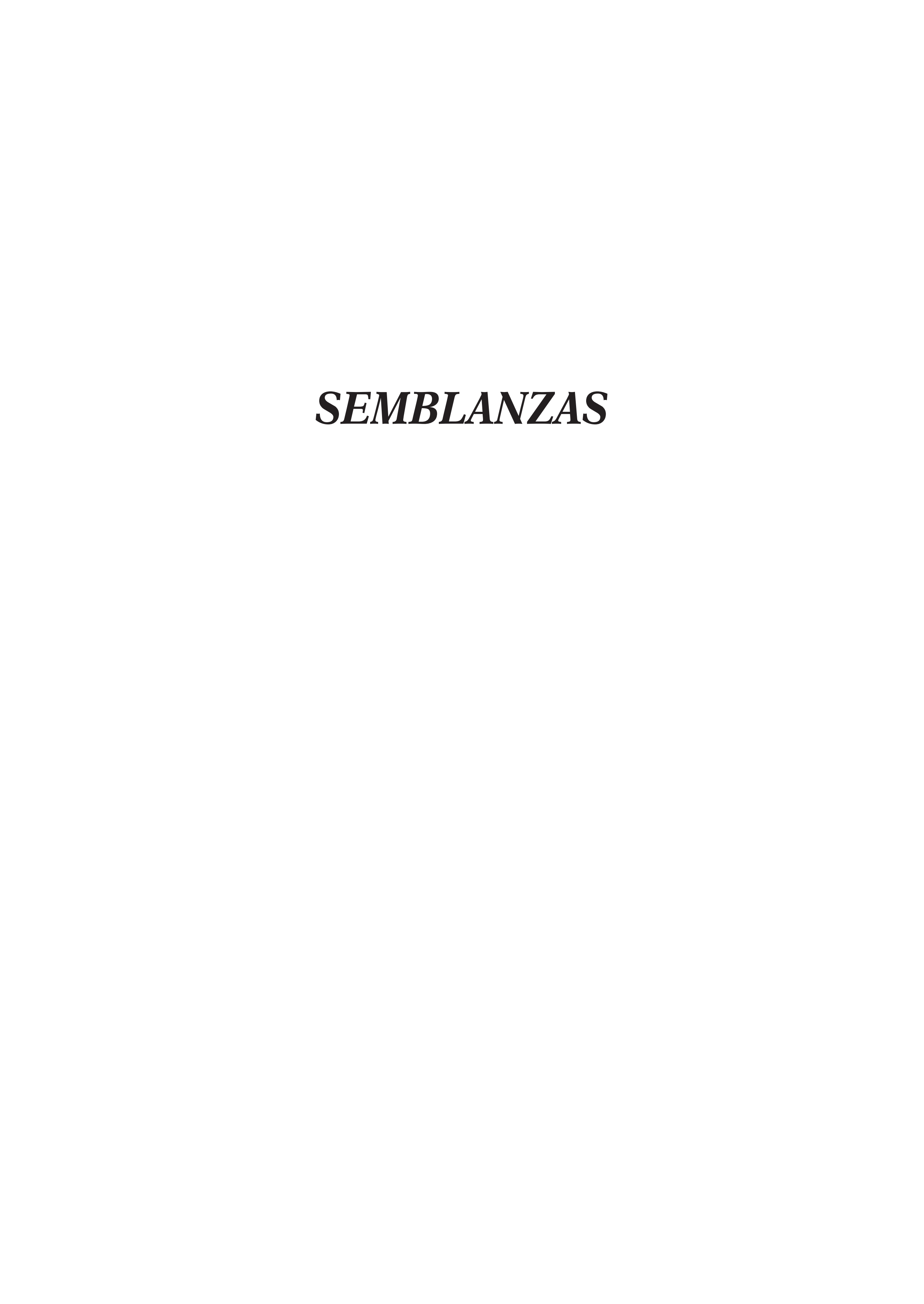
LAURIE, G., *"Restos explosivos de guerra"*, 2007 (citado por Alcalde).

LOBO, Ramón, "Contra las bombas antipersona" (*El País*: 23-II-07).

NASH, Thomas, *"Stopping Cluster Munitions"*, Disarmament Forum, Special Issue on Cluster Munitions, 2006/4, pp. 35-44.

STAPP, Catherine, *"Racimos de muerte"* (citada por Alcalde).

VARIOS AUTORES, *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª edición, Edit. Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007.



SEMBLANZAS

In memoriam Gonzalo Jar Couselo

Cándido Conde Pumpido
Fiscal General del Estado

Es imposible abarcar con la memoria la vida de un ser humano. Ni siquiera es fácil recorrer las zonas más accesibles del rastro que va dejando. La aspiración, tan vieja como la Humanidad, de salvar y custodiar colectivamente el legado vital de los mejores se hace más trabajosa cuando el encargo recae en quienes compartieron camino e inquietudes con ellos. Y cuanto más rica fue su personalidad, más intensa su pasión por la vida, más honda su pisada en el terreno que transitaron, más difícil resulta hacer mínima justicia a lo que realmente fueron.

Por eso la figura de Gonzalo Jar Couselo resulta especialmente inasible. El reconocimiento de quienes lo conocieron, y si lo conocieron bien, necesariamente lo admiraron y lo quisieron cuaja en las páginas de este libro que él habría leído con interés, al hilo de una, sólo una, de sus múltiples pasiones: eso que hemos dado en llamar Derecho Humanitario.

Pero conviene advertir que en ese ángulo de su profusa actividad intelectual no se halla sólo la experiencia y la dedicación individual de un hombre de armas con vocación pacifista (rasgos de ningún modo antagónicos, como veremos), sino algo mucho más trascendente. En realidad, en la obra y en la vida de Gonzalo Jar se destila, como en los viejos alambiques de nuestra querida Galicia, a la que regaló otra importante porción de su energía, una esencia mucho más trascendente. Gonzalo atinó, con su agudeza sobresaliente, en el talón de Aquiles de nuestra civilización: el gran desafío del siglo XXI es el concepto mismo de Humanidad. O, mejor dicho, su reconstrucción y su reelaboración como concepto jurídico.

El desarrollo experimentado por el ser humano, geométricamente acelerado en el último siglo, buscó relativamente pronto en el Derecho la vía de organización social y de la resolución incruenta de conflictos. Pero el proceso fue más rápido en el plano de las relaciones interpersonales que en el de la ordenación de la convivencia entre los pueblos.

El llamado Derecho Internacional Público fue más bien, desde sus orígenes y hasta hace relativamente poco, derecho de guerra. No trataba tanto de erradicar el conflicto armado como de establecer, primero, los términos de la

llamada “guerra justa”; segundo, las reglas a las que ese conflicto debía ajustarse; y tercero, el alcance (geo)político de sus consecuencias. Gonzalo Jar sabía esto. Era militar.

La gran paradoja es que cuando la Humanidad creyó estar en condiciones de moverse más allá, de instaurar un Derecho Internacional para la paz, el pilar en el que podía apoyarse su palanca comenzó a resquebrajarse. El cadencioso caminar del Derecho en ese ámbito había conducido a la idea del Estado, que se instituyó como sujeto, según nos enseñaron, del llamado Derecho Internacional Público. Lo esperable era que el tránsito del Derecho de la guerra al Derecho de la paz se articulase mediante el esfuerzo convergente de los propios Estados para alcanzar un código de conducta universal. El siglo XX conoció tantas tragedias colectivas como reacciones orientadas a ese fin, por la vía del llamado *concierto de naciones*.

Sin embargo, la revolución tecnológica lo cambió todo. También ese proceso de construcción política internacional. Las dos dimensiones de nuestra forma de vida, el tiempo y el espacio, se fundieron en una transformación acelerada. Al resultado de ese proceso desconcertante, aún interino, aún imprevisible en sus consecuencias finales, lo hemos llamado *globalización*.

Históricamente el Estado había marcado *hacia fuera* los límites del ejercicio indiscutido del poder, es decir, el perímetro de no inmisión, de no injerencia, y *hacia dentro* el terreno de aplicación y realización cotidiana de ese poder, esto es, el marco de la *jurisdicción* que permitía imponer la ley voluntad del príncipe o voluntad del pueblo, a todos los ciudadanos.

Pero el acceso a la tecnología rompe esas convenciones. La red de internet, el despliegue de los transportes, convierte la persona, o a sus nuevas formas de agrupación, en titular directo e inmediato del mundo. Pobres o ricos, viajeros en avión o en patera, vamos adquiriendo la conciencia de que la idea de frontera deviene materialmente insostenible. El vínculo de pertenencia del *cives* se resquebraja, el ser humano comienza a reconocerse a sí mismo como sujeto directo de una comunidad universal. Los grandes flujos migratorios conviven con fenómenos de *deslocalización* productiva, que constituyen una especie de emigración sin desplazamiento físico. El mercado no tiene límites: ni políticos, ni ideológicos, ni físicos. Bastan unos minutos y una serie de impulsos electrónicos para conducir a un país a la bancarrota, para comunicarse con un interlocutor a miles de kilómetros o para enviar un misil de continente a continente.

Y ahí nace la paradoja: la frontera ha de ser respetada por el Estado, sigue siendo el punto de referencia y el límite de la ley, pero no es capaz de contener

a los sujetos a los que la propia ley pretende aplicarse, ni sus conductas, ni sus delitos, ni sus movimientos de capital, ni sus traslados físicos, ni el intercambio de información que se ubica en la base de toda una nueva forma de poder y de relación a nivel planetario.

Gonzalo Jar sabía mucho de todo esto. Era doctor en ciencias políticas y sociología.

Ahora bien, la globalización no opera igual en todas partes. El paso de gigante hacia el imparable mercado único mundial cuenta con beneficiarios, pero genera millones de damnificados. Para unos la tecnología, la red, la horizontalidad de las relaciones humanas son vías expeditas de acceso al mundo futuro. Para otros la fuente de nuevas, más extendidas y más potentes formas de explotación.

En ese caldo de cultivo hierve además la noción de identidad, la percepción subjetiva de las claves que definen el concepto mismo de civilización. El sentimiento de perjuicio, que en un marco de discriminación real, creciente en la medida en que aumenta la distancia del desarrollo, es fácil contaminar, como todo estado de desesperanza, con demagogia y fanatismo.

El terrorismo internacional (ahorremos aquí más apellidos) se yergue así como la patología explosiva del modelo global. Pero no es la única enfermedad del nuevo paradigma. Otras conductas antisociales, nuevas modalidades casi siempre de los clásicos delitos, desbordan por su forma de manifestarse la obsoleta capacidad de reacción de los Estados. Se extienden así por la latitud y la longitud de un mundo sin barreras las grandes redes de trata de personas, de explotación y alienación relacionada con el narcotráfico, la *deconstrucción* institucional mediante la corrupción de las estructuras de poder legitimado democráticamente, con el objetivo de generar un vacío que rellenarán (eso sí, lucrativamente) las organizaciones mafiosas, haciendo escuelas o construyendo hospitales para ganar la adhesión de sus futuros esclavos.

En ese nuevo contexto, resulta fácil pronosticar que el referente del Derecho ya no podrá seguir siendo solamente el Estado, o no por mucho tiempo.

Las instituciones internacionales que hemos sido capaces de desarrollar, incluso los modelos más exitosos, como la Unión Europea, accidentada y lenta, pero impensable hasta para los más optimistas hace sólo unas décadas, constituyen en el fondo mecanismos de cesión de soberanía hacia el *supraestado*. Una especie de reformulación menos brutal —menos belicosa— de la *superpotencia*. Se trata de amoldar el esquema organizativo a las nuevas dimensiones de nuestra convivencia. Pero no basta. Las fronteras se harán más anchas, pero siguen siendo fronteras. Y entretanto la Humanidad marca otros

linderos diferentes. Barreras que no se basan en el juego político ni en acciones geoestratégicas, que no son resultado de guerras declaradas ni de convenios o tratados, sino que nacen de realidades y se proyectan sobre situaciones mucho más cercanas al individuo, y en el fondo mucho más viejas: son fronteras que separan la riqueza de la pobreza, el acceso a la tecnología del analfabetismo informático, la tolerancia —fruto de la educación— del fanatismo, el acceso al trabajo de la hambruna.

Y nos quedamos atrás. El Derecho conoce esas realidades y las soluciones que ha arbitrado para afrontarlas se ven desbordadas por la evolución vertiginosa de la realidad.

Encarados con el futuro, los grandes retos a los que se enfrentan los juristas necesitan respuesta urgente.

Primero, el reto de la desigualdad. La búsqueda de instrumentos que permitan compartir y repartir el desarrollo se encuadra directamente en la tradición del llamado Derecho Humanitario. La lucha contra la impunidad, contra la explotación en sus más crueles manifestaciones, contra la violencia o contra el abandono del más débil al albur incontrolado de los mercados, lícitos o ilícitos, es precondición del desarrollo; porque la ausencia de paz social y la carencia de un mínimo nivel de atención de las necesidades individuales imposibilitan el acceso al mundo global. Es decir, el acceso a la condición material de ciudadano. La igualdad de oportunidades se complica cuanto más accesible es el acceso a la tecnología para un sector cuantitativamente minoritario y mayor por tanto la separación de quienes ni siquiera han logrado incorporarse al disfrute de los derechos humanos básicos formulados entre los siglos XVIII y XX. En el siglo XXI el Derecho Humanitario debe ser Derecho de la democracia, de la tolerancia, del mínimo de justicia social. Y es necesariamente universal, porque en la aldea global la igualdad efectiva exige fronteras permeables. El sujeto de derecho tiende a ser el ser humano, la Humanidad en su conjunto.

El segundo reto es, precisamente, la asimetría. La pervivencia del Estado como punto de anclaje imprescindible de eso que llamamos seguridad jurídica, superada en parte su capacidad histórica de pautar la convivencia entre los ciudadanos, abre paso progresivamente a la misión de agente de la convivencia global. Pero en ese escenario, el debate jurídico requiere una pluralidad de interlocutores mucho más abierta. El poder real se distribuye de forma cada vez menos institucionalizada. Antaño se despreciaban o se temían como *poderes fácticos* los que hoy llamamos eufemísticamente grupos de interés. Reconocemos la creciente legitimación de fuerzas sociales, de instituciones *transversales* que se superponen o se entremezclan con las formas clásicas de

representación política, de fórmulas *horizontales* de asociación en torno a un objetivo (pensemos en las ONG's, por ejemplo).

De modo que la reformulación del Derecho como cauce para ese diálogo pluriforme aparece como una necesidad primaria para articular las relaciones de poder. De nuevo todo depende de la capacidad del sistema para colocar la dignidad del individuo, la condición de Ser Humano, como telón de fondo de todo lo demás. El Derecho ha de ser objetivo, previsible, pero en un mundo fuertemente asimétrico no puede ser neutral. La igualdad no es el resultado del trato igual, sino del trato diferente de los que no tienen las mismas oportunidades. El Derecho es una herramienta de corrección, de reequilibrio, de tutela del más frágil y de contención del que podría arrollarlo. Es Derecho Humanitario.

De ahí nace el tercer y mayor reto: la institucionalización. La vinculación del Derecho al Estado —todos los juristas lo hemos estudiado— se resume en el legitimo monopolio de la fuerza. Pero ese esquema, hoy por hoy, no es reproducible a nivel global. La ecuación *Derecho-monopolio de la fuerza* falla por falta de mecanismos institucionales sólidos, que permitan reproducir a nivel global ese mecanismo de legitimación del poder.

La Jurisdicción Universal avanza, pero conviene no confundir los pasos con la meta. La disposición a la cooperación de los Estados para perseguir los peores crímenes puede traducirse en la aceptación del ejercicio extraterritorial de la Jurisdicción de otros Estados. Pero no deja de tratarse de un arreglo anclado en los conceptos clásicos de soberanía y frontera. De hecho, el recurso meramente simbólico a la Jurisdicción extraterritorial, en supuestos en que la lejanía cultural, geográfica y conceptual hace prácticamente imposible su ejercicio realmente efectivo, comporta el resigo de un contraproducente descrédito y, más aún, de la desincentivación de otras alternativas que, sin embargo, pudieran resultar más eficaces.

La implantación de una verdadera Jurisdicción Universal depende en realidad de la capacidad de formular principios y reglas que aspiren a regir la vida de *la Humanidad*. Y por tanto depende de la posibilidad de construir un sistema jurídico integral y coherente, que incluya instituciones capaces de asegurar su aplicación más allá o al margen de las fronteras que hoy limitan la capacidad de la Justicia, hábiles para erradicar los refugios y las zonas de vacío jurídico, llámense santuarios terroristas o paraísos fiscales. Superado el modelo de Tribunal internacional *ad hoc,* al estilo de Nuremberg o Tokio, o incluso Ex Yugoslavia o Ruanda (donde ya no rige la dinámica *vencedor-vencido* de aquellas primeras experiencias) el Tribunal Penal Internacional o, en su proyección regional, figuras como la de la Fiscalía Europea prevista

por el Tratado de Lisboa, aparecen como incipientes sillares de ese necesario edificio institucional. Pero no hace falta decir que queda un enorme camino por recorrer, y que urge aligerar el paso, porque en la *horizontalidad* del mundo global la lentitud, la indecisión y la burocracia dan ventaja a la falta de escrúpulos.

Ése es el complejo e incógnito escenario jurídico del siglo XXI que Gonzalo Jar llevaba en la cabeza. La mera contemplación de ese horizonte permite apreciar la coherencia de su pensamiento, su actitud vital y su trayectoria personal, en defensa de los Derechos Humanos, del desarrollo de los instrumentos jurídicos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. De esta rigurosa congruencia intelectual nacía —los pies bien firmes en la tierra— su compromiso con las organizaciones como Cruz Roja, volcadas en la lucha por un sistema universal y efectivo de valores que de verdad merezcan la calificación de *humanos*; y también su larga e intensa dedicación docente, cuyos privilegiados destinatarios asumen hoy la enorme responsabilidad del albaceazgo de su obra.

Al final, lo más hondo de la herencia intelectual de Gonzalo entronca directamente con los orígenes de la humanización del Derecho. Si no fuera porque le precedió más de dos mil años en el mismo empeño, hubiera podido pensarse que Marco Tulio Cicerón tenía en mente a este general pacifista cuando escribió en el muro de la Historia su sentencia *«que las armas cedan ante las togas»*.

El reconocimiento público de su cabal y sabia aportación al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos, al que ahora se suma esta publicación, busca compensar en parte nuestra deuda intelectual con su magisterio. Para lo que no alcanza ni de lejos es para compensar la pérdida prematura y dolorosa del amigo entrañable, del gallego militante, vital, socarrón y cariñoso que nos ha dejado solos en medio de este mundo que quiso —y consiguió, seguro— hacer un poco mejor.

Gonzalo Jar, un general galleguista

Diego López Garrido
Secretario de Estado para la Unión Europea

Todavía nos cuesta trabajo admitirlo. El día de Navidad murió Gonzalo Jar, tras un súbito agravamiento de una enfermedad que venía afrontando con su optimismo y sinceridad habituales.

Desde el primer día que descubrí a Gonzalo Jar no cesó de fascinarme. Su vitalidad e ironía gallegas hacían de él un seductor irresistible. Era realmente asombroso comprobar cómo se puede ser un general de la Guardia Civil —y muy guardia civil— y formular con fuerza y bien alto (todos recordamos su discurso en el acto de entrega del fajín de general) la creencia en los valores de la libertad y de la ciudadanía democrática por encima de cualquier corporativismo, y la firme convicción en la necesidad de que esos valores penetren hasta el corazón del instituto al que tanto afecto profesó. En ese horizonte nunca se consideró satisfecho. Siempre mantuvo una leal actitud crítica, que sabía llenar de inteligencia y de autonomía de pensamiento. Difícil opción en una estructura de tradición tan conservadora.

El general Jar hizo y escribió muchas cosas en su vida profesional/intelectual. Un recorrido por ella está en ese valiente discurso al que me referí antes, que fue escuchado en la sede de la Dirección General con un silencio atronador, y que debería ser leído por todos sus compañeros de hoy y de mañana.

Pero quizá lo mejor de Gonzalo Jar lo reveló su hija Ana *(Koka* para los amigos) un día después de dejarnos. Fue cuando nos leyó unas palabras que su padre había escrito hace dos años: lo que los gallegos llaman “manda testamentaria”. Que no es un testamento económico, sino un mensaje afectivo, cultural y sentimental a quienes más quería. En este texto, lleno de ternura y buen sentido, el general Jar cuenta cómo habló y enseñó la hermosa lengua gallega a sus dos hijas, Ana y Marta, desde que nacieron, con el inestimable apoyo de Mariluz, su mujer, cuyo padre fue, por cierto, un comandante de la Guardia Civil que se mantuvo fiel a la República y fue asesinado por ello.

Estamos muy tristes desde el día de Navidad, pero ese sentimiento será sustituido algún día por lo más genuino de Gonzalo, la sonrisa socarrona y pícara de un gallego galleguista que nos dio a sus amigos y amigas su cariño y su sabiduría.

Semblanza de Gonzalo Jar Couselo

Cándido Cardiel Ojer
Teniente General
Director Adjunto Operativo de la Guardia Civil

Independientemente del curso escolar que como Caballeros Cadetes compartimos en la Academia General Militar y en el que seguro que coincidimos en algunas actividades comunes, mi primer encuentro consciente con Gonzalo tuvo lugar en el patio de la antigua Academia Especial de la Guardia Civil, en la calle Guzmán el Bueno de Madrid, hace nada menos que 40 años. Aquellos primeros días de septiembre de 1970, a los 29 veteranos que ya iniciábamos nuestro último año de formación, se nos unían los 32 recién nombrados Caballeros Alféreces Cadetes de la siguiente promoción, que tras dos años en la Academia General Militar de Zaragoza, emprendían así su andadura en el Cuerpo.

Los recuerdos que conservo de aquel curso escolar, y del Alférez Jar en particular, aunque ya mermados por el tiempo, están llenos de vitalidad, de actividad incesante, de toques de corneta, de estudio, de juventud. Con poco más de 20 años, casi todo es inquietud por conocer, por vivir, y aquel grupo humano del que ambos formábamos parte, era fiel reflejo de esas ganas de conseguir la necesaria formación para ser buenos oficiales, sin por ello desatender los gratificantes momentos que el compañerismo y la camaradería, hacían siempre posibles.

Aunque los diferentes destinos de cualquier oficial del Cuerpo, a lo largo y ancho de nuestra España, hacen que en ocasiones pase mucho tiempo, incluso décadas, sin coincidir con determinado compañero, quiso el azar que menos de tres años después de dejar los cordones de alumno, volviese a encontrarme con Gonzalo, ya Tenientes los dos.

En efecto, en enero de 1974, yo era el Teniente Jefe de la Línea de Sabiñánigo, y responsable de la patrulla de esquí de fondo del Cuerpo, y Gonzalo, junto a otros tres jóvenes compañeros de igual empleo, fue nombrado profesor auxiliar del curso de esquí y escalada, y comisionado a tal fin al cercano Centro de la especialidad de Col de Ladrones. Así, durante los tres meses de enseñanzas de esquí de enero a marzo, tuve la oportunidad de compartir con él además de vivencias y conversaciones, prácticas y clases, en las que apoyábamos en sus

enseñanzas al Comandante Mena. De aquella época de travesías y ventisca, de esfuerzo y superación, con la cercanía diaria de amigos y compañeros como el Teniente Jar, guardo unos recuerdos que son parte del bagaje vital, que espero siempre retener en mi memoria.

El transcurrir de los años, de la vida, hace que se aprecien en su justa medida, valores que con menos experiencia pueden parecer de valía incierta. Desde luego, la seguridad de que determinado ser humano es bondadoso, es sin duda una de esas certezas que resulta más preciada en los demás conforme se va viviendo. Digo esto porque es de mi último tramo de convivencia con Gonzalo Jar, no por fresco en mi memoria, sino por consolidado en mi pensamiento, del que guardo mejor recuerdo.

Siendo yo Subdirector General de Apoyo, el General Jar era Secretario General de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado, por lo que puedo decir que fui testigo privilegiado de cuanto Gonzalo hizo por nuestros cuarteles. El cariño con el que siempre trató cualquier aspecto relacionado con su gestión, su preocupación porque desde la GIESE no se olvidara que los edificios de las Casas-Cuartel tienen una vertiente humana y familiar importante para los guardias civiles. De esa sensibilidad hizo gala todos y cada uno de los días en que le traté, que fueron muchos, y la comprobación continua de ese sentimiento —esa calidad humana en definitiva—, es en mi opinión uno de los rasgos más definitorios de su persona.

Concretamente quiero recordar que una de las últimas ocasiones en que volvió a refrendar ese compromiso hacia los guardias civiles, tuvo lugar con ocasión de las dificultades que concurrían en un cuartel ubicado además en su querida tierra pontevedresa. Con un pundonor y unos conocimientos técnicos sobresalientes, acometió el oportuno Convenio con la Gerencia, y tras el consiguiente proyecto, resolvió enteramente el tema.

También quisiera comentar una confesión personal que me hizo Gonzalo, y que aporta mucha luz sobre su sentido del compromiso hacia sus seres queridos y hacia lo que considera suyo. Me decía que una línea permanente en su vida era el "galleguismo ejerciente", esa riqueza lingüística y cultural que había heredado de sus padres y que con orgullo y cuidado mimo, había procurado hacer llegar a sus hijas.

Solo quiero agregar que su semblanza personal quedaría completamente desdibujada si no hiciese mención a la profunda alegría que siempre transmitió a cuantos le tratamos, y que no era sino el lógico reflejo externo de un optimismo interior a toda prueba y que siempre le acompañó.

Decía Abraham Lincoln que *"al final, lo que importa no son los años de vida, sino la vida de los años"*. Gonzalo nos ha dejado, pero su inquietud intelectual ha hecho que perduren numerosas obras y reflexiones suyas, en las que sigue muy presente entre nosotros.

Gonzalo, mi general. Hasta siempre.

Ata sempre, Capitán de conto!

FINA CASALDERREY
Premio Nacional de Literatura

> *"Para un neno coma min, con dez anos no final da década dos 50 do século pasado, o meu mundo non pasaba moito máis alá do adro da igrexa do mosteiro de San Bieito de Lérez e da parte do río que se atopa debaixo."*

Así comeza Gonzalo Jar Couselo un delicioso relato de paisaxe, escrito en galego, que leva por título *De como cheguei á fin do mundo.* Nel, molla a súa mirada na infancia para narrar as impresións da súa primeira excursión pola ría de Pontevedra, con Don Manuel Castiñeira, o cura da parroquia, ata a illa da Toxa. Imaxínoo, daquela, mirando ao ceo, satisfeito de comprobar que este non ten fronteiras; dirixindo cara ás alturas os seus soños, asemade que lle medraban ás e, convertido xa en colibrí, movéndoas de présa mentres no aire zugaba feliz un pouco máis dese néctar da sabedoría que foi sempre o seu gran proxecto de vida. E, xa de volta á casa, supóñoo coa equipaxe repleta de verdades diferentes, de ilusións a estrear, disposto a fabricar a felicidade e a descubrir parcelas de novos planetas con ese entusiasmo contaxioso tan seu.

Fala nese libro das pequenas emocións, do día a día desa infancia repleta de vivencias que, coma tatuaxes, se nos van gravando na pel da alma. E é que Gonzalo foi un auténtico sedutor, cun talento capaz de dominar os segredos das palabras. Aínda me sacode nas entrañas o recordo da última conversa na casa da súa nai —despois... despois foron os correos electrónicos e algunha chamada ao hospital—, con Mariluz e o meu marido, na cociña, tal como se fai na nosa terra con quen consideramos de confianza, en agosto de 2009... Falaba da vida, dos seus proxectos... Era tan brillante a súa capacidade de análise malia os agresivos tratamentos oncolóxicos! Combinaba con mestría o rigor na exposición coa anécdota entrañable, non exenta desa ironía que el elevaba a rango literario. Soltaba redes de fascinación coa súa maneira de ver o mundo e pescábanos "Cando as miñas fillas, adolescentes, emprendían unha viaxe, "esixíalles" que regresaran coa mochila chea de novos teléfonos, novos amigos". Era, a súa, unha ditadura diferente na que, libremente, nos sentiamos atrapados ¡e tan honrados! ¡Síntome especialmente orgullosa de merecer un pouquiño do seu tempo cada vez que viña a Pontevedra!, de ter estado na súa casa de Madrid, de que teña estado na miña, de ter os seus libros dedicados —sempre acabados de saír do forno—, de lelos, de que lera os meus, de

probar as larpeiradas culinarias de Mariluz (e que espero seguir probando). Con ela explorou Gonzalo camiños exclusivos durante moitos anos.

Hoxe, no silencio máxico e imprescindible que só rompen as miñas voces interiores mentres isto escribo, miro cara á ventá e observo como as nubes, cal operarios xaponeses en folga, atragoan a beira da estrada, os paraugas porfían en deter a súa furia sen conseguilo, a auga serpea sen tregua rebelándose contra a lei da gravidade e imaxino o río Lérez próximo ao desbordamento. Pero tamén en tempos de chuvia hai anxos que removen as páxinas da memoria... Neste instante veñen á miña mente esas cousas pequenas e parécenme sementes de árbores xigantes.

Gonzalo nomeaba a cotío o río...

Río tamén chamabamos ao lavadoiro do Gramal, na Porta do Sol de Lérez —a nosa parroquia pontevedresa— e del é moita a "literatura" que podería extraer...

Aínda admiro a perfecta organización daquel gremio de lavandeiras: no *ollo* (por onde entraba a auga limpa) a roupa de bebé, a branca ou o aclarado final; preto do desaugadoiro as *fundas* de *mahón* e unhas toalliñas ensanguentadas que, segundo dicían mirándonos pillabanas, utilizaban cando mataban o porco. ¡En cada casa mataban, cando menos, un porco ao mes! Gustábame coller calquera prenda na casa e coincidir no *río* coas lavandeiras de oficio. Estiraban algunha peza íntima, levantándoa no aire cal estandarte, mentres anunciaban "mirade que bragas usa a miña señorita". Esa era a súa inofensiva vinganza: airear intimidades ou, tal vez, a súa maneira de entreter as frieiras que o frío do inverno deseñaba nos seus dedos feridos. Alí os tabús e o politicamente correcto cambaleaba un chisco, pero a min gustábanme aquelas "crónicas" que convertían o cotián en extraordinario. Rin, sentín medo en ocasións, outras ata me escandalicei... Nalgún despiste caíame o *lagarto* ao lavadoiro. Remangábame ata o pescozo e introducía o brazo, cal batiscafo, naquelas augas escuras e, coma nas culturas antigas, puiden distinguir entre augas superiores e inferiores (estas daban noxo). Cando no canto do meu xabón atopaba outro máis grande, sentíame coma o leñador bo do conto, recompensada polas fadas. O que nunca cheguei a recuperar foi o anel de ouro de miña nai que puxen nun deses días nos que me apetecía ir "elegante" a lavar. Quizais por iso, cando tocaba limpar o lavadoiro, gustábame andar no medio dos adultos, por se encontraba un tesouro.

No verán, a mellor hora era a da sesta. Os maiores durmían e nosoutras, cansadas de mirar as sombras que danzaban no teito dos nosos cuartos, corriamos a darnos un baño furtivo na piscina-lavadoiro na hora na que a auga

semellaba cristalina. A nós, as nenas, non se nos permitía achegármonos ao verdadeiro río, ao Lérez.

Aos nenos, si...

Gonzalito *el de la Guisa* era un dos afortunados. Aínda asistía á Escola da Irmandade cando, xunto con Luís o *Olañeta,* os da *Torneira*, os *Rascados*... descubría o pracer de emular aos peixes. Ao principio custodiados por Carme, súa nai, que lles ensinaba a nadar con aquelas cortizas de mariñeiro que conseguira grazas a Ramón o *Choqueiro.* Máis tarde, cal intrépidos corsarios, xa solos, cruzaban o río a nado ata a Xunqueira; dende alí observaban furtivamente as bañistas mentres esperaban que o camisón se lles subise ata o van. ¡Aquela inocente pornografía da época era unha verdadeira aventura!

Todo lo inventa el rayo de la aurora, cantaba o poeta J. Guillén. E Gonzalo, xa dende neno, foi un perfecto explorador capaz de volver inventar o mundo coa súa mirada intelixente para facelo máis habitable. Os amigos erixíano en xefe da tribo cando construían a cabana no alpendre da súa horta; unha tribo pacífica que non sabía de malleiras máis que as que o seu avó Juan lle propinaba ao centeo na eira.

Gonzalo lembrábao todo. E incluso cando houbo de transitar sendeiros torcidos cara á luz, nunca desaproveitou a ocasión de lanzar mostras de afecto a Pontevedra, a este río, a esta lingua, e esta xente... De feito, remata o susodito relato aludindo ao retorno "que nos devolve entre viñas de albariño ao noso destino de Lérez, para seguir baixo o abeiro de San Bieito".

Cando todo Lérez se decatou de que a Gonzalito o da *Guisa* fora ascendido a xeneral, para a maioría foi unha enorme sorpresa. Eu mesma —igual que me pasa co seu irmán Pepe, a pesar de ser amigo meu—, non sabía cal era exactamente a súa graduación. Aínda hoxe fágome unha lea con estas cousas. De nena, quizais influída pola literatura (*Un capitán de quince anos, O capitán Trueno, O capitán Nemo*...), cheguei a crer que "capitán" era o grao máximo ao que calquera militar podería aspirar niso de mandar máis que ninguén. Os capitáns dos contos eran bondadosos, soñaban con horizontes de paz e estaban aí para defendernos; os outros... os outros vivían nunha sorte de coma etílico —por tan alta graduación— que os convertía en orgullosos e intransixentes, sen o máis mínimo sentido do humor, sempre dispostos a facer a guerra á mínima oportunidade... Quizais influísen en tamaña análise aqueles uniformes grises, sen rostro, que a golpes de porra nos colocaban para ver o paso da procesión ou volta ciclista. En todo caso, Gonzalo foi para min un capitán de conto que dedicou o seu tempo á procura de illas de Utopía e que, con cincuenta e catro anos, foi nomeado xeneral da Garda Civil, por contri-

buír a darlle á palabra "civil" o seu sentido máis nobre e filantrópico. O único que parira Pontevedra en toda a historia do corpo. ¡Vaia homenaxe entrañable lle fixeron, entón, en Lérez! E, ademais, Secretario Xeral da Xerencia de Infraestruturas e Equipamento da Seguridade do Estado; Doutor en Ciencias Políticas e Socioloxía; Diplomado Superior en Criminoloxía; colaborador en Programas de formación de Dereito Humanitario, en másters sobre temas de Seguridade en diversas universidades españolas; publicou laboriosos libros, impartiu conferencias polo mundo enteiro removendo conciencias... Foi, así mesmo, Membro de Estudos de Dereito Internacional Humanitario da Cruz Vermella Española; un dos principais impulsores de que se fixera xunto ao Lérez a nova Comandancia da Garda Civil —ese soño de seu pai—, participou en proxectos para fomentar o uso do galego nas forzas armadas...

"Non pareces garda civil!", dicíanlle a miúdo. El sorría, ben sabía que debería interpretalo coma un piropo, pero nos seus ollos podía lerse a tristeza que lle producía ese concepto que temos das Forzas Armadas. Precisamente, levar sempre por diante os seus principios de xustiza e humanidade, provocaron "incomodidades" nalgúns sectores do propio corpo que se rebotaron na súa contra propinándolle algunha que outra cambadela. O pensamento libre e a honestidade foron sempre a súa arma de resistencia para soportar esas inxeccións de xeo.

Gonzalo Jar Couselo falaba de representantes democraticamente elixidos, de niveis de competencia e responsabilidade en materia de seguridade, de discriminación, de ecoloxía, de oficinas de atención ao cidadán, de descentralización e eficiencia de resultados, de coordinación e inspección de servizos, de xestión e distribución de recursos, de avaliación de medidas, de militancias sindicais prohibidas, da intolerancia racial, da integración das minorías, de tensións xeradas entre xuíces e policías, de procedementos que desembocan en malos tratos aos detidos, do que significaría someter a seguridade as regras do mercado e da marxinación que derivaría. Cuestionou con valentía o futuro do corpo...

Preocupado pola participación feminina na garda civil, xa en 1992 fixo un exhaustivo estudo comparado que partía de aquelas matronas que, con inferior rango, se ocupaban de cachear ás mulleres nos portos, nos aeroportos... Abordaba, así, unha problemática nova: hai, por xustiza, unha igualdade que vai máis alá das condicións fisiolóxicas ou físicas e que fai á muller acta para ocupar os mesmos postos.

En Pontevedra admirábaselle moito e quíxoselle máis —tal vez porque en calquera iniciativa cultural que houbese, viñese do lado que viñese, alí estaba el, apoiándoa; ou porque calquera éxito dun veciño, tomábao coma propio—,

e seguirá por sempre na memoria colectiva dos lerezáns e lerezanas, aínda ignorando gran parte da súa traxectoria profesional, que non humana posto que sempre tendeu unha man a quen lla pediu. Do primeiro habería que "culpar" á súa familia e a el mesmo: "Meu pai é garda civil", dicían Ana e Marta. "O meu home é garda civil", dicía a súa esposa, filla tamén de xeneral. "O meu neto é moita cousa!", dirá a súa avoa Juana, dende a súa estrela; ela foi a primeira muller que lle bisbou palabras de azucre —en galego— na súa memoria aínda virxe: andoriña, bolboreta, folerpa, muxica, rechouchío, vagalume... "Eu, como garda civil...", aseguraba el. A Carme, súa nai, apetecíalle pregoar "o meu fillo xa é xeneral" aos máis íntimos, con xustificado orgullo —así o soubemos antes os máis próximos—.

Intúo que estas cinco mulleres influíron na comprometida e sabia maneira de interpretar o mundo deste capitán de conto experto en conflitos internacionais —isto sabíao ben a familia de José Couso, o cámara asasinado no, desgraciadamente famoso, Hotel Palestina de Iraq, cando lle pediron que fose el quen se encargase da investigación xurídica—, que viviu os seus últimos anos en Madrid, que creu que nacer con dúas linguas baixo o brazo é un privilexio, que co mesmo respecto aprendía dun mineiro que daba leccións a un ministro, que seguiu cosido aos seus amigos de sempre, a Lérez, ao río, á Xunqueira —onde agora está o seu busto por iniciativa d'A Irmandade xurídica Galega, tan preto do de Rosalía—, ás xoubas guisadas de súa nai, ás prazas de Pontevedra, ao Carabela...; que mantivo sempre o seu espírito encadeado a este seu paraíso de infancia, co alento do río Lérez coma unha marca na pel dun poldro —ese tempo de horas ilimitadas no que podiamos tocar eternidade—, que conserva o afecto e a admiración da veciñanza máis alá do seu pasamento...

O día de Nadal de 2009, Lérez amenceu coa noticia da súa morte alá en Madrid: un cancro rematou por levalo a el que nunca quixo levar nada, negándolle así a oportunidade de cumprir máis decembros e todo Lérez sentiu ese golpe de desamparo no peito que che deixa a gorxa seca coma un seixo. Sei ben que a definitiva despedida de calquera ser humano é moi dura, que todas as vidas son importantes, pero, ás veces, as circunstancias fan que determinadas ausencias transcendan máis alá da familia, dos amigos... Tal é o seu caso.

Gonzalo Jar Couselo...

Enfío as letras do seu nome en febras de recordos e, tal como facía de nena cos amorodos silvestres que xuntaba nunha palliña, éncheseme a boca de orgullo. Suspiro nostalxias e o corpo pídeme facer unha reivindicación case pueril... "Saiba vostede —señor lector, señora lectora— que Gonzalo, Gonzalito o da *Guisa*, é incluso máis amigo meu que de ninguén. ¡Eu coñecino antes!

Viviamos porta por porta no Camiño Vello e fíxese que, incluso en Noite Boa, seus pais e os meus xuntábanse despois da cea para arranxar o país ou o futuro dos fillos, mentres seu irmán Pepe e mais eu practicabamos a arte da xastrería esnaquizando cunhas tesoiras a colcha de súa nai. Omitiría unha segunda parte: aos 17 anos foise a Zaragoza... Creo que nos "redescubrimos" de adultos.

Claro que, para tal ataque de "posesión" habería de volver invisibles a decenas de amigos de sempre —e aos de despois, a quen descubro como lúcidos capitáns, aínda grazas a Gonzalo—, a Carme, súa nai; a Pepe, seu irmán; a Mariluz, a Ana e a Marta que foron o niño no que edificou o seu minimalista en ostentacións e rico en sabedoría castelo interior.

Quizais Ana herdou del ese romanticismo capaz de facer versos de auga, de silencios e de palabras sabias que vernizan de cores vivas os días grises; e Marta, a súa chispa para romper tristezas nunha sorte de sarampelo sempre disposta a contaxiar ledicias. Ás dúas ensinoulles a amasar un pan de identidade que comezou a fermentar pronto nos seus corazóns. E Mariluz... Mariluz é a torre ameada na súa mesma muralla, sen ela el non podería ser castelo.

Agora, na distancia dos días, sinto cada anaquiño dese tempo que xa é ausencia tan meu coma a propia casa de meus pais, que sigo sabendo miña, viva quen viva nela, porque me habita definitivamente.

Gonzalo nunca foi flor murcha, na súa condición estivo manterse sempre no camiño de ida: sen días aciagos, postos un a carón doutro coma tixolos nunha parede.

Hoxe véxoo instalado nunha nova mansión entre árbores froiteiras e rododendros, deitado na herba cos brazos abertos, abrazando este planeta tan diverso; rodeado de merlos, podando sombras, debuxando mapas de esperanza, porque Gonzalo nunca foi inverno, nin o seu xardín foi xamais egoísta.

Imaxínoo cruzando a ponte unha vez máis para seguir cambiando o mundo: dando conferencias, removendo conciencias ou devorando libros coma quen come cereixas, páxina a páxina, coa ansia de quen non quere renunciar a explorar espazos novos, co peito enchoupado de soños, sorrindo pícaro e resignado por tantas homenaxes, medallas, recoñecementos... porque sei que Gonzalo nunca tivo por gloria a conquista dos escaparates, pero tamén sei que nunca daría as costas ao mundo dos afectos. Tal vez neste instante estea xa discutindo con Schiller ou con Santo Tomás de Aquino sobre a razón de porqué o ser humano segue necesitando amigos despois de tantos anos.

E mentres, eu, aquí, non deixo de ser coma ese mariñeiro que sae ao mar despois dun naufraxio; aínda noto caer todo o azul da súa ausencia sobre o meu corpo mentres isto escribo:

¡Ata sempre, capitán de conto!

¡Hasta siempre, Capitán de cuento!

Fina Casalderrey
Premio Nacional de Literatura

> *"Para un niño como yo, con diez años al final de la década de los 50 del pasado siglo, mi mundo no pasaba mucho más allá del atrio de la iglesia del monasterio de San Benito de Lérez y de la parte del río que se encuentra debajo."*

Así comienza Gonzalo Jar Couselo un delicioso relato de paisaje, escrito en gallego, que lleva por título *De como cheguei á fin do mundo.* En él, moja su mirada en la infancia para narrar las impresiones de su primera excursión por la ría de Pontevedra, con Don Manuel Castiñeira, el cura de la parroquia, hasta la isla de la Toja. Lo imagino, entonces, mirando al cielo, satisfecho de comprobar que éste no tiene fronteras; dirigiendo hacia las alturas sus sueños, al tiempo que le crecían alas y, convertido ya en colibrí, moviéndolas deprisa mientras en el aire libaba feliz un poco más de ese néctar de la sabiduría que fue siempre su gran proyecto de vida**.** Y, ya de vuelta a casa, lo supongo con el equipaje repleto de verdades diferentes, de ilusiones a estrenar, dispuesto a fabricar la felicidad y a descubrir parcelas de nuevos planetas con ese entusiasmo contagioso tan suyo.

Habla en ese libro de las pequeñas emociones, del día a día de esa infancia repleta de vivencias que, como tatuajes, se nos van grabando en la piel del alma. Y es que Gonzalo fue un auténtico seductor, con un talento capaz de dominar los secretos de las palabras. Todavía me sacude las entrañas el recuerdo de la última tertulia en casa de su madre —después... después fueron los correos electrónicos y alguna llamada al hospital—, con Mariluz y mi marido, en la cocina, tal como se hace en nuestra tierra con quienes consideramos de confianza, en agosto de 2009... Hablaba de la vida, de sus proyectos... ¡Era tan brillante su capacidad de análisis a pesar de los agresivos tratamientos oncológicos! Combinaba con maestría el rigor en la exposición con la anécdota entrañable, no exenta de esa ironía que él elevaba a rango literario. Soltaba redes de fascinación con su manera de ver el mundo y nos pescaba... *Cuando mis hijas, adolescentes, emprendían un viaje, les "exigía" que regresaran con la mochila llena de nuevos teléfonos, nuevos amigos.* Era, la suya, una dictadura diferente en la que, libremente, nos sentíamos atrapados ¡y tan honrados! ¡Me siento especialmente orgullosa de merecer un poquito de su tiempo cada vez que venía a Pontevedra!, de haber estado en su casa de Madrid, de que haya

estado en la mía, de tener sus libros dedicados —siempre recién salidos del horno—, de habérmelos leído, de que se haya leído los míos, de haber probado las delicias culinarias de Mariluz (y que espero seguir probando). Con ella exploró Gonzalo caminos exclusivos durante muchos años.

Hoy, en el silencio mágico e imprescindible que sólo rompen mis voces interiores mientras esto escribo, miro hacia la ventana y observo como las nubes, cual operarios japoneses en huelga, atragantan las cunetas, los paraguas intentan detener su furia sin conseguirlo, el agua zigzaguea sin tregua rebelándose contra la ley de la gravedad e imagino el río Lérez próximo al desbordamiento. Pero también en tiempos de lluvia hay ángeles que remueven las páginas de la memoria... En este instante vienen a mi mente esas cosas pequeñas y me parecen semillas de árboles gigantes.

Gonzalo nombraba a menudo el río...

Río también llamábamos al lavadero del Gramal, en la Puerta del Sol de Lérez —nuestra parroquia pontevedresa— y de él es mucha la "literatura" que podría extraer...

Todavía admiro la perfecta organización de aquel gremio de lavanderas: en el *ojo* (por donde entraba el agua limpia) la ropa de bebé, la blanca o el aclarado final; cerca del desagüe las *fundas* de *mahón* y unas toallitas ensangrentadas que, según decían mirándonos pícaras, utilizaban cuando mataban el cerdo. ¡En cada casa mataban, al menos, un cerdo al mes! Me gustaba coger cualquier prenda en casa y coincidir en el *río* con las lavanderas de oficio. Estiraban alguna pieza íntima, levantándola en el aire cual estandarte, mientras anunciaban "mirad qué bragas usa mi señorita". Esa era su inofensiva venganza: airear intimidades o, tal vez, su manera de entretener los sabañones que el frío del invierno diseñaba en sus dedos heridos. Allí los tabúes y lo políticamente correcto se tambaleaban un poco, pero a mí me gustaban aquellas "crónicas" que convertían lo cotidiano en extraordinario. Me reí, sentí miedo en ocasiones, otras incluso me escandalicé... En algún despiste se me caía el *lagarto* al pilón. Me remangaba hasta el cuello e introducía el brazo, cual batiscafo, en aquellas aguas oscuras y, como en las culturas antiguas, pude distinguir entre aguas superiores e inferiores (éstas daban asco). Cuando en lugar de mi jabón encontraba otro más grande, me sentía como el leñador bueno del cuento, recompensada por las hadas. Lo que nunca llegué a recuperar fue el anillo de oro de mi madre que me puse en uno de esos días en los que me apetecía ir "elegante" a lavar. Quizás por ello, cuando tocaba limpiar el lavadero, me gustaba andar en medio de los adultos, por si encontraba un tesoro.

En verano, la mejor hora era la de la siesta. Los mayores dormían y nosotras, cansadas de mirar a las sombras que danzaban en el techo de nuestros cuartos, corríamos a darnos un baño furtivo en la piscina-lavadero en la hora en que el agua parecía cristalina. A nosotras, a las niñas, no se nos permitía acercarnos al verdadero río, al Lérez.

A los niños, sí.

Gonzalito *el de la Guisa* era uno de los afortunados. Todavía asistía a la Escuela de la Hermandad cuando, junto con Luis el *Olañeta,* los de la *Torneira*, los *Rascados*... descubría el placer de emular a los peces. Al principio custodiados por Carmen, su madre, que les enseñaba a nadar con aquellos corchos de marinero que había conseguido gracias a Ramón el *Choqueiro.* Más tarde, cual intrépidos corsarios, ya solos, cruzaban el río a nado hasta la Xunqueira; desde allí observaban furtivamente a las bañistas mientras esperaban que el camisón se les subiera a la cintura. ¡Aquella inocente pornografía de la época era una verdadera aventura!

T*odo lo inventa el rayo de la aurora*, cantaba el poeta J. Guillén. Y Gonzalo, ya desde niño, fue un perfecto explorador capaz de reinventar el mundo con su mirada inteligente para hacerlo más habitable. Los amigos lo erigían en jefe de la tribu cuando construían la cabaña en el cobertizo de su huerta; una tribu pacífica que no sabía de palizas más que las que su abuelo Juan le propinaba al centeno en la era.

Gonzalo lo recordaba todo. E incluso cuando hubo de transitar senderos torcidos hacia la luz, nunca desaprovechó la ocasión de lanzar muestras de afecto a Pontevedra, a este río, a esta lengua, e esta gente... De hecho, remata el susodicho relato aludiendo al retorno “que nos devuelve entre viñas de albariño a nuestro destino de Lérez, para seguir bajo el amparo de San Benito”.

Cuando todo Lérez se enteró de que a Gozalito el de la *Guisa* lo habían ascendido a general, para la mayoría fue una enorme sorpresa. Yo misma —igual que me pasa con su hermano Pepe, a pesar de ser amigo mío—, no sabía cuál era exactamente su graduación. Todavía hoy me hago un lío con estas cosas. De niña, quizás influida por la literatura (*Un capitán de quince años, El capitán trueno, El capitán Nemo...*), llegué a creer que “capitán” era el grado máximo al que cualquier militar podría aspirar en eso de mandar más que nadie. Los capitanes de los cuentos eran bondadosos, soñaban con horizontes de paz y estaban ahí para defendernos; los otros... los otros vivían en una suerte de coma etílico —por tan alta graduación— que los convertía en orgullosos e intransigentes, sin el más mínimo sentido del humor, siempre dispuestos a hacer la guerra a la mínima oportunidad... Quizás influyeran en tamaño aná-

lisis aquellos uniformes grises, sin rostro, que a porrazos nos colocaban para ver el paso de la procesión o la vuelta ciclista. En todo caso, Gonzalo fue para mí un capitán de cuento que dedicó su tiempo a la búsqueda de islas de Utopía y que, con cincuenta y cuatro años, fue nombrado general de la Guardia Civil, por contribuir a darle a la palabra "civil" su sentido más noble y altruista. El único que había parido Pontevedra en toda la historia del cuerpo. ¡Vaya entrañable homenaje le hicieron, entonces, en Lérez! Y, además, Secretario General de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado; Doctor en Ciencias Políticas y Sociología; Diplomado Superior en Criminología; colaborador en Programas de formación de Derecho Humanitario, en másteres sobre temas de Seguridad en diversas universidades españolas; publicó laboriosos libros, impartió conferencias por el mundo entero removiendo conciencias... Fue, asimismo, Miembro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española; uno de los principales impulsores de que se haya hecho junto al Lérez la nueva Comandancia de la Guardia Civil —ese sueño de su padre—, participó en proyectos para fomentar el uso del gallego en las fuerzas armadas...

"No pareces guardia civil!", le han dicho en ocasiones. Él sonreía, bien sabía que debería interpretarlo como un piropo, pero en sus ojos podía leerse la tristeza que le producía ese concepto que tenemos de las Fuerzas Armadas. Precisamente, levar siempre por delante sus principios de justicia y humanidad, han provocado "incomodidades" en algunos sectores del propio cuerpo que se revotaron en su contra, propinándole alguna que otra zancadilla. El pensamiento libre y la honestidad fueron siempre su arma de resistencia para soportar esas inyecciones de hielo.

Gonzalo Jar Couselo hablaba de representantes democráticamente elegidos, de niveles de competencia y responsabilidad en materia de seguridad, de discriminación, de ecología, de oficinas de atención al ciudadano, de descentralización y eficiencia de resultados, de coordinación e inspección de servicios, de gestión y distribución de recursos, de evaluación de medidas, de militancias sindicales prohibidas, da intolerancia racial, da integración de las minorías, de tensiones generadas entre jueces y policías, de procedimientos que desembocan en malos tratos a los detenidos, de lo que significaría someter a seguridad las reglas del mercado y de la marginación que derivaría. Cuestionó con valentía el futuro del cuerpo...

Preocupado por la participación femenina en la guardia civil, ya en 1992 hizo un exhaustivo estudio comparado que partía de aquellas matronas que, con inferior rango, se ocupaban de cachear a las mujeres en los puertos, en los aeropuertos... Abordaba, así, una problemática nueva: hay, por justicia, una

igualdad que va más allá de las condiciones fisiológicas o físicas y que hace a la mujer acta para ocupar los mismos puestos.

En Pontevedra se le admiraba mucho y se le quiso más —tal vez porque en cualquier iniciativa cultural que hubiera, viniese del lado que viniese, allí estaba él, apoyándola; o porque cualquier éxito de un vecino, lo tomaba como propio—, y seguirá por siempre en la memoria colectiva de los lerezanos y lerezanas, aún ignorando gran parte de su trayectoria profesional, que no humana puesto que siempre tendió una mano a quien se la pidió. De lo primero habría que "culpar" a su familia y a él mismo: "Mi padre es guardia civil", decían Ana y Marta. "Mi marido es guardia civil", decía su esposa, hija también de general. "Mi nieto es mucha cosa" dirá su abuela Juana, desde su estrella; ella fue la primera mujer que susurró palabras de azúcar —en gallego—, en su memoria virgen: andoriña, bolboreta, folerpa, muxica, rechouchío, vagalume... "Yo, como guardia civil...", aseguraba él. A Carmen, su madre, le apetecía pregonar "mi hijo ya es general" a los más íntimos, con justificado orgullo —así nos enteramos antes los más próximos—.

Intuyo que estas cinco mujeres influyeron en la comprometida y sabia manera de interpretar el mundo de este capitán de cuento experto en conflictos internacionales —esto lo sabía bien la familia de José Couso, el cámara asesinado en el, desgraciadamente famoso, Hotel Palestina de Iraq, cuando le pidieron que fuese él quien se encargase de la investigación jurídica—, que vivió sus últimos años en Madrid, que creyó que nacer con dos lenguas bajo el brazo es un privilegio, que con el mismo respeto aprendía de un minero que daba lecciones a un ministro, que siguió cosido a sus amigos de siempre, a Lérez, al río, a la Xunqueira —donde ahora está su busto por iniciativa d'A Irmandade xurídica Galega, tan cerca del de Rosalía—, a las xoubas guisadas de su madre, a las plazas de Pontevedra, al Carabela...; que mantuvo siempre su espíritu encadenado a este su paraíso de infancia, con el aliento del río Lérez como una marca en la piel de un potro —ese tiempo de horas ilimitadas en el que podíamos tocar la eternidad—, que conserva el afecto y la admiración del vecindario más allá de su fallecimiento...

El día de Navidad de 2009, Lérez amaneció coa noticia de su muerte allá en Madrid: un cáncer terminó por llevárselo a él que nunca quiso llevarse nada, negándole así la oportunidad de cumplir más diciembres y todo Lérez sintió ese golpe de desamparo en el pecho que te deja la garganta seca como una piedra. Sé bien que la definitiva despedida de cualquier ser humano es muy dura, que todas las vidas son importantes, pero, a veces, las circunstancias hacen que determinadas ausencias trasciendan más allá de la familia, de los amigos... Tal es su caso.

Gonzalo Jar Couselo...

Enhebro las letras de su nombre en hilos de recuerdos y, tal como hacía de niña con las fresas silvestres que juntaba en una pajita para luego saborearlas a la vez, se me llena la boca de orgullo. Suspiro nostalgias y el cuerpo me pide hacer una reivindicación casi pueril... "Sepa usted —señor lector, señora lectora— que Gonzalo, Gonzalito el de la *Guisa*, es incluso más amigo mío que de nadie. ¡Yo lo conocí antes! Vivíamos puerta por puerta en el Camino Viejo y fíjese que, incluso en Noche Buena, sus padres y los míos se juntaban después de la cena para arreglar el país o el futuro de los hijos, mientras su hermano Pepe y yo practicábamos el arte de la sastrería destrozando con unas tijeras la colcha de su madre. Omitiría una segunda parte: a los 17 años se fue a Zaragoza... Creo que nos "redescubrimos" de adultos.

Claro que, para tal ataque de "posesión" habría de volver invisibles a decenas de amigos de siempre —y a los de después, a quienes descubro como lúcidos capitanes, todavía gracias a Gonzalo—, a Carmen, su madre; a Pepe, su hermano; a Mariluz, a Ana y a Marta que fueron el nido en el que edificó su minimalista en ostentaciones y rico en sabiduría castillo interior.

Quizás Ana heredó de él ese romanticismo capaz de hacer versos de agua, de silencios y de palabras sabias que barnizan de colores vivos los días grises; y Marta, su chispa para romper tristezas en una suerte de sarampión siempre dispuesta a contagiar alegrías. A las dos les enseñó a amasar un pan de identidad que comenzó a fermentar pronto en sus corazones. Y Mariluz... Mariluz es la torre almenada en su misma muralla, sin ella, él no podría ser castillo.

Ahora, en la distancia de los días, siento cada trocito de ese tiempo que ya es ausencia tan mío como la propia casa de mis padres, que sigo sabiendo mía, viva quien viva en ella, porque me habita definitivamente.

Gonzalo nunca fue flor mustia, en su condición estuvo mantenerse siempre en el camino de ida: sin días aciagos, puestos uno al lado de otro como ladrillos en una pared.

Hoy lo veo instalado en una nueva mansión entre frutales y rododendros, acostado en la hierba con los brazos abiertos, abrazando este planeta tan diverso; rodeado de mirlos, podando sombras, dibujando mapas de esperanza, porque Gonzalo nunca fue invierno, ni su jardín fue jamás egoísta.

Lo imagino cruzando el puente una vez más para seguir cambiando el mundo: dando conferencias, removiendo conciencias o devorando libros como quien come cerezas, página a página, coa ansia de quien no quiere renunciar a explorar espacios nuevos, con el pecho empapado de sueños, sonriendo pícaro y resignado por tantos homenajes, medallas, reconocimientos... porque sé que

Gonzalo nunca tuvo por gloria la conquista de los escaparates, pero también sé que nunca daría la espalda al mundo de los afectos. Tal vez en este instante esté ya discutiendo con Schiller o con Santo Tomás de Aquino sobre la razón de por qué el ser humano sigue necesitando amigos después de tantos años.

Y mientras, yo, aquí, me noto aún como ese marinero que sale al mar después de un naufragio; todavía siento caer todo el azul de su ausencia sobre mi cuerpo mientras esto escribo:

¡Hasta siempre, capitán de cuento!

A Gonzalo Jar, In Memoriam, con unas violetas

Juan Carlos Rodríguez Búrdalo
General de División de la Guardia Civil

Cuando ya no estemos seremos en alguien. La memoria vence a la muerte.
César González Ruano

Hace muchos años, ay, más de los que uno, testigo de aquello, quisiera reconocer, en la Guardia Civil escaseaban personas con criterio propio en torno a las estructuras, asuntos del servicio, formación para el mejor desempeño de la profesión acorde con la evolución social, yo diría incluso, críticos con el pensamiento oficial y único de la Institución, sin caer en el riesgo de ser señalados como dudosos en la ortodoxa interpretación y vivencia de los valores de un cuerpo militar cuya principal virtud y referente de vida eran precisamente los símbolos de esa naturaleza, naturaleza que se extendía a las relaciones familiares en ocasiones, como la manera y usos de habitar un pabellón y vivir en la casa-cuartel, siempre bajo las exigencias de la condición profesional del páter familiae en el devenir cotidiano. No es lugar ni momento el de estas páginas para calificar lo bueno y menos bueno de aquellas formas y maneras.

Si diré que una de aquellas personas fue Gonzalo Jar Couselo, un oficial de ideas siempre socialmente avanzadas para el tiempo que vivía[1], comprometido siempre y siempre en clara minoría por su visión progresista del mundo y de la profesión, tan alejada como peligrosa para el statu quo que ahormaba el universo ahumadiano prácticamente desde su nacimiento; mundo en el que escaseaba esa práctica racionalista que aconseja poner la vida bajo el amparo intelectual que le de el sentido profundo de lo humano; algo que me gusta resumir en la imagen que un profesor de la Academia General —sí, sí, de la Academia— explicaba en uno de los infrecuentes espacios de distensión sólo

[1] En primer lugar, mi condolencia a sus familiares y amigos por el fallecimiento de esta buena persona y gran profesional. A lo largo de mi trayectoria profesional, coincidí en numerosas ocasiones con él. Era avanzado en todos los aspectos para la época que le tocó vivir (en la Guardia Civil). Culto, gran conferenciante y un ejemplo a seguir. Hemos perdido a una gran Jefe y un compañero. No sé por qué, pero siempre se van los mejores. Descanse en paz, mi General.

posibles en los encuentros sabatinos de lo que se llamaba “Recreo del Cadete”. Como una reflexión a cuyo ejercicio nos invitaba, decía él: “oiréis muchas veces la expresión “ciega disciplina”, que a mí no me gusta. La disciplina no puede ser ciega, como la fe; la disciplina es un valor racional que se admite y ejercita desde el aliento intelectual que la transforma en convencimiento”. Fue un tiempo de iniciación que ambos vivimos —él tres años después que yo, pues era más joven— en la Academia General Militar de Zaragoza. Era un tiempo de ilusión por servir, de ilusión por recorrer los pueblos de España desde el orgullo de pertenencia a un Cuerpo benemérito y centenario, Ahora, en donde quiera que estés, mi recuerdo te sigue desde estos versos en tu lengua gallega que tanto amaste:

Lembras, Gonzalo?
Canta ilusión atesourada
en tan breve cofre!: apenas
tres metros cadrados so unha lona
e so un teito maior de estrelas.

Xa cadetes: doce poldros ao galope
cara á meta de aprendelo todo,
de gañar en destreza e disciplina,
de ser máis camaradas ca o exemplo.

Que esplendor de xuventude
no Oficio envorcado,
vertido como choiva nos camiños,
ofrecido beizo adolescente
unha a unha polas lombas todas
do altar de San Gregorio.

Que fermosa loucura
compartida: España no horizonte,
a nosa soa secta.

E así pechabamos a aurora
naquelas poucas tendas de campaña.
Así aqueles anos mozos,
a chave desa luz
abríndonos os ollos e o día.

A Gonzalo Jar los posicionamientos avanzados e innovadores le acompañarían de por vida como ADN de su ideario profesional, que a diferencia de la mayoría él sí tenía. Bregó en diferentes parcelas del quehacer corporativo, lógicamente de mayor intensidad operativa en los empleos de oficial, con un importante bagaje como profesor en los centros de enseñanza del Cuerpo[2], para ganar sucesivamente el desempeño de asuntos relacionados con la gestión en los empleos y destinos finales de su vida, de teniente coronel a general de división.

Realmente Gonzalo Jar Couselo fue un profesional de la Seguridad extraordinario, y en cuanto general de la Guardia Civil, excepcional. Y no utilizo los adjetivos con excusa retórica ni obligado elogio al compañero y amigo fallecido en la madrugada del 25 de diciembre de 2009. No he conocido otro profesional de la Seguridad Pública con parecida y constante preocupación y ocupación por esta parcela en que desarrolló su vida fecunda y sembrada, de cuya cosecha dan testimonio las innumerables conferencias pronunciadas en seminarios, cursos y otros foros a los que era constantemente solicitado merced a sus conocimientos, rigor intelectual de sus planteamientos y amenidad expositiva[3]. Pero la cosecha de que hablo tuvo su granazón en abundantes publicaciones tanto en libro como en artículos repartidos en revistas especializadas, nacionales e internacionales. Recuerdo que siendo Ministro de Interior y de Justicia Juan Alberto Belloch Julbe, prologó el libro titulado: *Modelo Policial Español y Policías Autónomas*, publicado por una prestigiosa editorial científica en 1995. Aquel texto recogía la tesis doctoral en Ciencias Políticas de Gonzalo Jar Couselo, a la sazón teniente coronel; un libro atrevido, mucho más en la época, porque no abundaba entonces bibliografía sobre el asunto y por tanto los contenidos debían descansar más en criterios de autor que en doctrina consultada; añadámosle que tales posicionamientos lo eran de un Guardia Civil discutido y polémico siempre, rechazado en ocasiones[4].

Conocí a Gonzalo Jar Couselo a través del correo postal, el electrónico ni siquiera alcanzaba por entonces la categoría de fantasía julioverniana. Ocu-

---

2 Lo conocí en la Academia de Baeza en 1985, por entonces “Academia de Guardias civiles Auxiliares” buen profesional, buena persona y buen politólogo. Pasaban los años y cuando nos cruzábamos me preguntaba ¿Has acabado la Carrera o qué? Descanse en Paz. Mi más sentido pésame para su familia, amigos y compañeros.– Un gran Jefe nos ha dejado.–

3 No he dicho, y debo decir en honor a la verdad, que para mí fue el mejor profesor, con diferencia, de todos los que tuve en las distintas Academias. Le envío un abrazo al cielo mi General.

4 Yo también lo tuve de profesor en la Academia de Cabos, desde mi punto de vista un gran profesional. En aquellos tiempos destacaba por ser de ideas claras y era calificado como revolucionario. Tengo entendido que se mantuvo en sus ideas. D.E.P mi General.

rrió que en la primavera de 1985 me concedieron el Premio Nacional de Poesía Corta (a un poema inferior a veinte versos) que se entregó en la gaditana ciudad de Jerez. Durante el cóctel, advertido por alguien de mi profesión, el corresponsal de la agencia EFE conversó unos minutos conmigo. Sorprendido, dijo, de aquella extraña conjunción de guardia civil y poeta. Un par de días después un diario nacional publicaba su columna de la última página bajo el título: "Otra vez las Armas y las Letras". Entre otras consideraciones, el autor —¡Cómo siento no haber guardado el artículo, era yo tan inocentón entonces!— me describía como guardia civil atípico, algo que, pareciéndome entonces peyorativo, no supe encajar con naturalidad, pero que, curiosamente, me acompañaría de por vida, repitiéndose una y otra vez, ora con ocasión de un galardón, ora con la presentación de alguno de mis libros.

Pido excusas al lector por el párrafo que antecede, pero me ha parecido necesario para mejor enmarcar la historia de mi encuentro con Gonzalo Jar y el nacimiento de una amistad. Al fin, estas páginas mías sólo pretenden eso, explicar una amistad desde el elogio a una de sus partes, por desgracia tempranamente desaparecida. Pero vuelvo a donde debo. Decía que conocí a Gonzalo a través de una carta. Efectivamente, por entonces capitanes ambos, él profesor en un centro docente del Cuerpo, yo destinado en una comandancia de provincias, había leído la columna del periódico que comento, se procuró mis señas y me escribió una carta hermosa como pocas. Desde la enorme orfandad con que en el entorno de mis mandos yo había recibido el premio poético, aquella carta me redimió de tanta indiferencia y otras cosas que explicaré más tarde. A través de la carta de Gonzalo me sentí amigado, querido, reconocido en unas palabras cercanísimas de alguien que vestía mi uniforme y yo no conocía. Aquella carta, que no guardé (repito que yo era muy novato entonces) reubicó un importante territorio de mis emociones en el mapa adecuado.

Días antes de recibir la carta del capitán Jar había ocurrido un hecho que, desde la misericordia y el perdón del tiempo, prefiero calificar de anécdota. Lo he contado en otras ocasiones y lo escribo ahora por primera vez; lo hago por situar al lector en aquel tiempo, precisamente el tiempo en que Gonzalo Jar empezaba a apechugar con el retrato de incómodo dentro del Cuerpo desde el que y en el que servía a España, retrato que con diferentes marcos iría colgándose de despacho en despacho, de destino en destino a lo largo y ancho de su vida profesional. Visitó mi comandancia un mando externo que saludó a los oficiales, dispuestos en formación para recibirle. Al llegar frente a mí, el Jefe que hacía la presentaciones le dijo:" Este capitán es el del periódico, el de las poesías", a lo que el mando visitante, examinándome de arriba abajo, apostilló:"Enhorabuena capitán. Siempre he mantenido que los

Guardias Civiles no debemos quedarnos sólo con la vida profesional; siempre que el Servicio lo permita hay que dar un paso más, usted con las poesías, yo, desde hace muchos años colecciono sellos de todo el mundo". La felicitación me dejó turbado, pero creo que mi silencio, dadas las circunstancias, época y personas fue la mejor respuesta posible. Lo cierto es que la carta de Gonzalo Jar, recibida apenas dos o tres días después de la visita comentada, me permitió recomponer un capítulo del libro siempre inacabado de la educación sentimental, en cuyas páginas una fístula reciente dejó de sangrar.

Si así ocurrió con un poeta, qué pensar con un oficial que estudiaba en la Universidad nada menos que la licenciatura en Ciencias Políticas, como si no hubiera otras áreas del conocimiento menos sospechosas y más acordes con la profesión de Guardia Civil.

Han pasado los meses y desde que murió Gonzalo varias veces he pensado que tal vez aquel encuentro epistolar pudo haber sido corpóreo, real, haberse producido en su tierra, la cercana Portugal enfrente, cada uno con un saco de sueños a la espalda y algún desengaño.

VIÑAN DE LONXE
Capitán un deles,
deixaba soños tras o mar;
saudade de ríos e cantigas
sinos de patria a soaren no remoto,
termando da sagrada palabra do poeta
sobre mares afastados e o crepúsculo.

Capitán o outro,
co derrubamento de cen mortes na súa,
cen mortes da súa fila adolescente
fincando as súas divisas pulso adentro,
sangue ofrecido sen preguntas.

Capitáns ambos,
traían naufraxios de flor de laranxeira na pupila,
derrotados galeóns pola fronte,
obradoiro de ausencia o corazón
e o ardido do tempo vencéndolles a sen.
Viñan de lonxe.
Acaso o alento cruel da emboscada,
o asombro de tanto atardecer despavorido

daba carne a imposíbeis cicatrices,
crecemento invariado á memoria.
E foi necesario partir;
poñer as chagas na lenta lavanda do esquecemento.

A mañá abriulles o seu balcón
para o encontro.

E alí
sobre a Raia,
sobre o río que achega dúas patrias,
déronse o saúdo do seu Oficio;
con lentitude achegaron as mans e os ollos
murmurando o seu apelido brevemente.

O certo é que a historia da súa estirpe
pronuncia un idioma sen palabras.
E, no medio do silencio, comprenderon.

Como pan oscuro de la vida, los reconocimientos se producen a la muerte, es una ley inmisericorde de sostenida vigencia; así, en estos meses transcurridos desde la suya, Gonzalo ha sido destinatario de innumerables pruebas de consideración a su persona y obra: desde la Medalla de Oro de la Cruz Roja (su máximo reconocimiento), recogida por su esposa en un importante acto celebrado en Toledo el pasado 12 de mayo, presidido por SAR la Infanta doña Cristina de Borbón, hasta la inauguración de un busto en su tan sentida Galicia. En medio, homenajes varios, nominaciones cívicas, reseñas, citas periodísticas, en fin un amplio mosaico de gratitudes hacia aquella persona extraordinaria, aquel prestigiado intelectual, aquel singularísimo general de la Guardia Civil[5].

---

5 Lo tuve de profesor siendo él Capitán en la Academia de Cabos de Guadarrama en los años 1981-82. Gran persona y gran profesor. No sé si cambiaría con los años. Imagino que no. Por aquel entonces estaba recientemente autorizado dejarse barba. El entonces Capitán Jar se incorporó a su nuevo destino en dicha Academia con barba. El Teniente Coronel Director de la Academia le ordenó que se la afeitase (a pesar de estar autorizada los alumnos no podíamos dejárnosla por orden del Director) Recuerdo que recién autorizada la barba, yo era cabo y me la dejé allá por el año 1981, y el Capitán Jar tuvo que ordenarme que debía quitármela porque a él se lo había ordenado el Tecol de la Academia y como era incapaz de ordenarme a mí y a otros dos que la manteníamos lo primero que hizo fue afeitarse él como ejemplo. Buen compañero y una gran pérdida para los guardias civiles.

Me atrevo a cerrar con versos estas humildes páginas de mi colaboración en el libro de homenaje a Gonzalo Jar que tan oportuna y felizmente se publica en su memoria. Creo que su balance final de vida profesional no se apartaría demasiado de los versos que siguen, de este “Patrimonio”. Creo Gonzalo que lo firmarías. Pese a todo, pese a todo.

PATRIMONIO
HAI DÍAS que o vento se acocha de memoria,
días en que o soño máis fermoso
descolga do armario do tempo
as vellas galas do Oficio.
Sobe entón pola corga do sangue
o barco ancorado no torpe peirao
das horas.
E no iris
desvélase, crecido, o oculto fulgor
do sentimento, a polpa tépeda
de fondas emocións que fan do peito
despensa na vida por xeiras do soldado.
E xa poldro o corazón sobre da chaira,
recobra prazas dadas ao esquecemento
en prezo ao a cotío do vivir.
Como unha vella reportaxe en branco e negro,
chocallos de brillo se suceden
na inapelábel mochila da idade.
E talvez a entrega de sables,
a xura,
a estrea do capote, a fe cega
no compás da primeira marcha,
a primeira garda, a primeira foto
con promesa, a primeira estrela
na fronte, a primeira...
Hoxe, ao cabo de todos os himnos,
en días que o vento acocha a memoria,
ouves o mundo en confusión de voces;
percibes os cascos do quinto xinete:
ese tedio que nos cabalga sen tregua,
e volves o sinxelo dos teus ollos
para dentro,
ao lume onde arden os troncos

da verdade, onde non cabe o plástico,
e fas para ti a témera pregunta:
Cal é o patrimonio do Oficio?
E talvez non contestas, talvez
non sabes que música en anacos
ganduxa a túa íntima partitura;
mais sabes que unha densa plenitude te colma,
que un álbum de certezas
che enche o peito de páxinas vivas
e che di no ouvido da alma,
día a día,
o fondo canto da túa inclinación.

Descanse en paz MI GENERAL

A la memoria de Gonzalo Jar Couselo de un Guardia Civil y amigo

MANUEL MANZANO SOUSA
Coronel de la Guardia Civil

"En tres épocas se divide la vida: la que fue,
la que es y la que será;
de estas tres, la que vivimos es breve;
la venidera es dudosa;
la que hemos vivido es cierta e irrevocable."
Lucio Anneo Séneca (Córdoba, Hispania 3 a. J.C. - 65 d. J.C., Roma)
"De la brevedad de la vida, X". Aguilar, 1974.

Escúchame querido Jar, mi amigo, mi general, me he sentido muy halagado cuando nuestro común amigo, el General Rodríguez-Villasante, me propuso participar en esta obra que sirviera para perpetuar tu estancia entre nosotros por la amistad que nos une y el buen entendimiento que hemos mantenido respecto a nuestra vida profesional en nuestra querida Guardia Civil.

Me presento ante ti bastante "ligero de equipaje", sin otro recurso retórico que partir de los dos vectores que se me han concedido: la amistad y la profesión. De ellos sacaré la fuerza para contribuir con el resto de compañeros a dejar constancia de una vida plena e incansable, pese a todo, según mis experiencias en las que tuve el honor, la fortuna y la oportunidad de enriquecerlas con tu ejemplo y saber.

Por tanto, no voy a intentar (otros lo han hecho con mas conocimiento que yo[1]) de recorrer tu vida, de niño, como guardia civil, tus ascensos, tus responsabilidades... pero sí quiero y es para mí un inmenso orgullo recordar nuestra vida pasada, en aquellos momentos particulares de tu vida que para mi fueron inolvidable, valorarlos, recrearme en ellos porque pienso como mi paisano L. A. Séneca que esa vida es "cierta e irrevocable".

---

1 USC. Universidad de Santiago de Compostela. http://www.galegos.info/es/gonzalo-jar-couselo.
La Voz de Galicia.es. 26/12/2a009. López Penide.
La Voz de Galicia.es 12/09/2010. Pontevedra/La Voz.

Mi vida de capitán en el Colegio de Guardias Jóvenes de Valdemoro, a partir del año 1978 estaba felizmente encauzada en cuanto a lo profesional, daba lo mejor de mi mismo como profesor-educador de futuros guardias civiles. ¡Dos años! teníamos para formarlos ¡Qué lujo! Buenos compañeros de compartían la conmigo la tarea docente (alguno de ellos fue elegido, con el paso de los años, para asumir la mas alta responsabilidad en la Dirección de la Guardia Civil); pero, sea por la influencia decisiva del entonces Capitán D. José Lull Catalá (q. e. d.) en la Academia de Especial, sea por haber terminado Derecho en la Complutense (1982), sea por lo que fuere ante la situación convulsa que sacudió al Cuerpo de la Guardia Civil con la frustrada rebelión militar de 1981 en la que todo el Instituto salió malparado, yo tenía opiniones encontradas en los comentarios entre compañeros que no eran edificantes ni esclarecedores sobre aquellos acontecimientos y el futuro que se avecinaba por la reacción que el Gobierno adoptase al respecto.

Los discursos de S. M. el Rey eran tema de discusión constante, propiciada por las relaciones mas estrechas y aireadas, situación típica de las Unidades reunidas, entre un nutrido grupo de oficiales jóvenes y otros no tanto que añoraban la autoridad ejercida al modo de la Dictadura militar que habíamos dejado atrás. El terrorismo avivaba las pasiones y los medios de comunicación con especial significación de El PAÍS centraban sus críticas en la —hasta nuestros días— discutida “naturaleza militar” del Cuerpo.

En este escenario, y justo con motivo de la Pascua militar del año 83, me quedo absorto, sorprendido y entusiasmado cuando leo un artículo publicado en EL PAÍS, de 6 de enero, en “Tribuna libre” y bajo el título “Pascua militar y disciplina” Miro la firma y reza, por todo mérito, escuetamente *Gonzalo Jar Couselo*[2] *es capitán de la Guardia Civil*.

La lectura produjo en mí dos impresiones muy fuertes: la primera, aquí hay un guardia civil que sabe lo que dice, y que, desde luego, “los tiene bien puestos”. En lenguaje mas ortodoxo podría decirse que había descubierto a un “guardia civil constitucionalista” (*rara avis* que habitaba en aquellos años en las altas cumbres de parajes alejados incluso del guardia civil de rural) y en segundo lugar, que el autor descubierto “no sacaba los pies del tiesto”, quiero decir que en su excelente artículo reclamaba para los militares y guardias

[2] Gonzalo Jar perteneció a la promoción XXVII de la Academia General Militar de Zaragoza y este autor pertenece a la promoción XXV. Esto explica mi desconocimiento al no haber coincidido en el período de formación, aunque la dedicación a la enseñanza: él en la Academia de Cabos y Suboficiales de Guadarrama y El Escorial y yo en Valdemoro facilitaría mucho el encuentro y la afinidad por inquietudes profesionales comunes.

civiles soliviantados la misma “receta” que nos enseñaron en la Academia: Disciplina y lealtad.

Disciplina, entendida tal como la definía Franco en año 1931 en el cierre de la Academia General Militar —así se la restregaba Jar a los destinatarios—, pero aplicada también ahora, a la que las FAS y la Guardia Civil, por supuesto que participa de las mismas Reales Ordenanzas deben al Rey, Capitán General de los Ejércitos y Jefe del Estado.

Jar ponías el dedo en la llaga. Salías a la palestra a pecho descubierto, sin mas armamento que una pluma para recordarnos a todos (a otros mas que a unos, evidentemente) qué significaba ser “militar” con la propia formación recibida y la misma doctrina de siempre que ahora, ante situaciones difíciles se trataba de soslayar buscando remedios alternativos de pretendida eficacia inmediata, ajenos a las misiones militares y a la mas elemental esencia de la propia Institución militar, que mas que defender a la Patria se “miraba el ombligo” alejándose del sentimiento y los intereses del pueblo español.

Fue toda una lección de moral militar, querido Jar, mi general, que nunca olvidaré. Fue un “chute” de adrenalina, que aumentó mi tensión arterial, aceleró mi ritmo cardiaco y estimuló no sólo mi cerebro sino la ilusión de que dentro de la Guardia Civil había un héroe, un héroe que en tiempos turbulentos demostraba su valor, a decir de nuestro Rey, como tú mismo refieres en el artículo que: “Juan Carlos, haciendo buena su definición (la del valor), “consistente en buscar la verdad y decirla”. Y digo bien cuando hablo de valor porque yo ya había escrito tres cartas al Director de EL PAÍS en distintas ocasiones y al final... no las eché al correo. Agobiado por el régimen disciplinario cuya interpretación *lato sensu* daba para mucho y no teniendo la maestría suficiente para reclamar como tú sabiamente hiciste cuando rematabas diciendo:

> *De la misma manera, esperamos que la llamada a la disciplina vuelva a sonar, enérgica y firme, como siempre lo ha sido, teniendo muy presente que nunca el respeto por el pasado, sea el que sea, podrá convertirse en un chantaje permanente para rechazar el presente o impedir el futuro, futuro que no podrá ser otro que el que libremente se otorgue el pueblo español, al cual seguiremos sirviendo y del que necesitaremos el apoyo necesario para poder cumplir con nuestro mandato constitucional.*

Reclamabas respeto a la Constitución, al mandato constitucional, que nos transformaba a nosotros, a los guardias civiles, en lugar de vigilantes y ejecutores de las consignas de un régimen político en “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

La inmediata fue conocer a mi *fan.* Me enteré de dónde estabas destinado, me cogí el R-12 y en cuanto pude me presenté en la Academia de Cabos de

Guadarrama para demostrarte mi admiración y reconocimiento. Charlamos "largo y tendido". Y así empezó una sincera y fructífera amistad, que se acrecentó cuando de nuevo nos vimos en la Secretaría de Estado de Interior (que así se llamaba a la sazón, 1994). Tú trabajabas en el modelo policial bajo la dirección del Gabinete de Amadeu Recasens en tiempos no tan felices para mí; y tu actividad se conservaba invariablemente arrolladora.

Llevaste a cabo una magnífica tesis doctoral sobre esta materia, y me di cuenta de que siendo un guardia civil "atípico", en la presentación de tu libro que la publicó (1995), lograste reunir en aquella sala junto a ilustres catedráticos, doctores y "mundillo de la Universidad" a generales, jefes y oficiales de nuestro Cuerpo. Lo cual es todo un ejemplo de tu doctrina llevada a la práctica en todos los hitos para el que se necesita, no sólo el interés del asunto que se ha de tratar, sino un despliegue de habilidad y diplomacia que sin duda alguna atesorabas y que siempre en ti era una constante en tus propias palabras: "vencer el distanciamiento entre el estamento militar y el resto de la sociedad"

Seguimos manteniendo frecuentes contactos con motivo de las Jornadas periódicas de Derecho humanitario en la Secretaría de Estado impulsadas como siempre por nuestro Coordinador nato, el General Rodríguez-Villasante, que tuvieron lugar por años sucesivos. Por nuestro buen amigo, entonces Comandante Juan Luis Pérez Martín, destinado como yo en el Gabinete de Coordinación, me dio cuenta y razón de tus denodados esfuerzos por vencer legalmente la resistencia de los órganos de evaluación a clasificarte para el Curso de Aptitud a Oficiales Generales. Una vez vencida ésta, y con la sentencia favorable a tus intereses del Tribunal Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el destino me tenía preparado mi eclosión de júbilo y mi mas encendido fervor hacia la mayor muestra de deontología profesional y honestidad personal que jamás he presenciado, antes bien, es una pieza única en su género.

Me refiero, claro está, al discurso que pronunciaste en tu imposición de fajín de General. Había asistido a tantos... El patrón estaba trazado de antemano; pero tu caso era radicalmente distinto. Me encantaría hacerme con el texto del discurso (y no renuncio a ello; a Ana, tu hija, la traigo mártir en mi demanda, pero vale la pena). El salón multiuso de la Dirección General, lleno a rebosar. Eso no era una novedad, sí el público asistente. Una vez más, digamos que... diferente. En la presidencia junto a generales del Cuerpo concurrían D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado y D. Diego López Garrido, entonces Secretario General del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados. Grandes amigos tuyos, Cándido nacido en 1949,

con quien tengo entendido que fuisteis compañero de colegio en Pontevedra y carezco de datos sobre tu amistad con Diego, pero él la ha dejado bien patente[3].

Rotas todas las normas del cliché comúnmente establecido desde el principio comenzaste por un reconocimiento al apoyo de los políticos que estaban en la Presidencia para agradecerles tu ascenso (amén del resto de autoridades y órganos que lo tramitaron de acuerdo con el protocolo oficialmente establecido). El destacarles a ellos junto con la declaración abierta, sin ambages ni medias tintas de tu ideología, la de tu padre, Comandante de la Guardia Civil, fiel a la República y asesinado por ello[4] no fue sino el preludio de referencias inusuales *ad hoc*. Cantos a la libertad, a la democracia, a los valores constitucionales y a la función que la Guardia Civil debe desempeñar en un régimen democrático, a la formación de sus hombres en los valores que la ciudadanía actual demanda... Bueno, boquiabiertos estábamos los escuchantes. Me imagino que algunos —como yo— rendidos ante la honestidad sin límites de declarar sus valedores (no es extraña su existencia, pero se guarda silencio y desde luego nunca se hace referencia), otros en cambio se movían con desazón ante tamañas osadías y descaro, aquella procacidad tan desusada en aquel marco incomparable de continuismo, morigeración, sobriedad... Jar, mi general, ¡te habías saltado el manual! ¡Y de qué forma!

A pesar de no tener términos de comparación Diego López Garrido escribiría mas tarde[5], a propósito de este momento, como de "un valiente discurso". ¿Valiente? Jamás se había oído nada parecido, estoy por asegurarlo. Y mas adelante Diego alude a "un silencio atronador" durante su alocución para condensar su estupor diciendo:

> *"Era realmente asombroso comprobar cómo se puede ser un general de la Guardia Civil —y muy guardia civil— y formular con fuerza y bien alto (...) la creencia en los valores de la libertad y de la ciudadanía democrática por encima de cualquier corporativismo, y la firme convicción en la necesidad de que esos valores penetren hasta el corazón del Instituto al que tanto afecto profesó".*

No es de extrañar las palabras del autor de la tesis doctoral "La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista (1981) que tuviera una concepción monolítica y refractaria sobre los hombres que componemos este Cuerpo mas

---

3 Ver Obituario "In memorian" Gonzalo Jar, un general galleguista. EL PAÍS 8 de enero de 2010. http://www.elpais.com/articulo/Necrologicas/Gonzalo/Jar/general/galleguista/elpepinec/20100108elpepinec_3/Tes.

4 Tomado del Obituario de Diego López Garrido citado anteriormente, aunque recordado no con la misma precisión por el que suscribe.

5 Ver Obituario, obra citada, tercer párrafo.

que sesquicentenario, algo así como unos clones, de fabricación en serie, cortados "a escuadra y cartabón". Él podría pensar que en los empleos inferiores el abanico sería más amplio en cuanto a ese espíritu crítico y a esa autonomía de pensamiento; pero su sorpresa estaba justificada al tratarse de un general. Por eso (y sin saber lo que pensaba y escribiría cinco años mas tarde a causa de tu temprana y dolorosa ausencia entre nosotros) en aquel momento y llevado de alguna confianza que me tomé en exceso[6] y de mi natural vehemencia, una vez finalizado el acto y dispersada la Presidencia me dirigí a él, le cogí suavemente del brazo, me coloqué a su costado mientras caminaba para reunirse con alguien y le susurré en el oído: "¿Sabéis lo que habéis hecho? Y sin esperar respuesta le espeté: ¡Habéis puesto una pica en Flandes! No hizo comentario alguno.

Tu inclusión mi querido general entre el selecto grupo que ocupa los niveles mas altos de responsabilidad en este Instituto armado de naturaleza militar que se nutre para ello, de ordinario, de la cooptación[7] constituyó un verdadero fenómeno, en su segunda y cuarta acepción del DRAE. Que respectivamente significa: cosa extraordinaria y sorprendente; y de una persona sobresaliente en su línea.

Hasta la forma con que afrontaste tu enfermedad me causaba callada admiración. El día que tomándonos un "café funcionarial" en el de la esquina de Amador de los Ríos con Fernando el Santo, me contaste los pormenores con la firme entereza de que no te iban a restar un ápice en tu enérgica y dilatada actividad; y una vez más mostraste tu serenidad en el tratamiento de cuestiones delicadas, anunciándome que pensabas presentarte a tus superiores en la Dirección General para informarles de todo ello en primera persona y de esta forma evitar que las cosas fueran sacadas de contexto en el consabido cotilleo corporativo.

La alegría era inmensa cada vez que te encontraba en tus frecuentes visitas a la sede del Ministerio por asuntos de la Gerencia que la Superioridad no

---

6 Es comprensible que no recordase que una noche de otoño de 1980 se presentó de improviso en el Colegio de Guardias Jóvenes donde hay una buena biblioteca, que ha sabido conservar volúmenes antiguos sobre los orígenes de la Guardia Civil y enriquecedores ejemplares de principios del siglo XX que alguien debió comentarle como de interés para su tesis. Yo estaba de oficial de servicio aquel día y fue un placer mostrarle nuestros tesoros.
Mas tarde, siendo letrado de la Cortes (1975-1990) encontrándome a la recíproca, ante la necesidad de "bucear" en los Diarios de Sesiones del Congreso, acudí a él para que me avalase y me fuera expedido el carné de investigador. Cosa que hizo con su natural amabilidad facilitándome de este modo mi tarea.

7 Llenar las vacantes que se producen en el seno de una corporación mediante el voto de los integrantes de ella.(DRAE)

dudó en confiar bajo tu dirección (2003) y me detallabas con confianza y sosiego los proyectos para hacer frente al mal, que de cuando en cuando te hacía poner un paréntesis en tu contagioso entusiasmo.

Y así fuimos dando largas con la esperanza nunca desasistida de que el mal era rechazable o por ventura vencible hasta que de inopinadamente en fechas tan señalas, en plena Navidad, el General Atilano Hinojosa Galindo, "primeraco" en activo de mi promoción, me comunica el tránsito.

Llegamos a El Escorial, y al mismo tiempo que besaba a Mariluz que pronunciaba mi apellido entre sollozos, las chicas, tu hermano me fijé en que, siendo Navidad estábamos todos contigo o una gran parte al menos. El Ministro, el Secretario de Estado, el Director General del Cuerpo, muchos generales, y guardias civiles, compañeros tuyos que habían acudido a estar unidos; por supuesto Cándido y Diego, tus amigos, tus valedores, tus dolientes y tantos y tantos más... La niebla que empañaba el aire de la mañana nos espesaba el alma, que no por advertida se rebelaba contra lo irremediable y empañaba los ojos que buscaban un rincón discreto para sobrellevar la tensión del momento.

Escúchame querido Jar, mi amigo, mi general, todo este tiempo de notar tu ausencia entre nosotros me hace refugiarme en Platón que nos dejó para meditar hace mas de veinticinco siglos, cavilando sobre este misterio de ser o no ser, las siguientes reflexiones:

(Sócrates pregunta, Cebes responde)

- Dinos a tu vez la combinación de la vida y de la muerte
- ¿No dijiste que la muerte es lo contrario de la vida?
- Si
- ¿Y que nace la una de la otra?
- Sí
- ¿Quién nace, pues de la vida?
- La muerte
- ¿Y quién nace de la muerte?
- Fuerza es contestar que la vida
- ¿Entonces, dijo Sócrates, de lo que ha muerto nace todo lo que tiene vida?
- Así me parece

Platón (428-427 a J.C. Atenas - 348-347 a. J.C. Atenas)

"Fedón o de la inmortalidad del alma" Espasa-Calpe, 2007, p. 239.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Principios y leyes de humanidad en situaciones de conflicto. Valor de la Cláusula Martens a la luz del Derecho Internacional Humanitario

Manuel Pérez González
Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público

I. SENTIDO ORIGINAL Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA CLÁUSULA MARTENS

1. La cláusula en su concepción prístina

La cláusula Martens, introducida en 1899 en el segundo Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y reproducida en 1907 en el cuarto Convenio de La Haya de idéntico título, es considerada con toda razón como un legado duradero de esos dos instrumentos[1]. En su redacción original[2], la cláusula se expresa así:

---

1 Theodor Meron, "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", *AJIL*, Vol. 94 (2000), No. 1, pp. 7889; p. 78. Para una consideración general sobre la genesis y el desarrollo de la cláusula Martens, ver también, entre otros, H. Strebel, "Martens Clause", *Encyclopedia of Public International Law* (R. Berndhardt ed.), Instalment 3, 1982, pp. 252253 (y referencias allí citadas), y S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la CroixRouge*, CICRMartinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984, pp. 433 y ss.

2 Apenas alterada en 1907 en la versión inglesa. España tiene ratificado el segundo Convenio de 1899 (*Gaceta de Madrid* de 22 de noviembre de 1900; Dicc. A. 9623), pero no es parte en

En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Así redactada, la cláusula parece sugerir la necesidad de que en todo lo no regulado por los textos convencionales del Derecho de la guerra, y sin perjuicio del desarrollo progresivo de este sector del Derecho internacional a través de nuevos tratados o declaraciones, se asegure a las poblaciones y personas civiles y a quienes participan en las hostilidades una protección basada en ciertos principios generales ("principios del derecho de gentes") derivados de la práctica de los Estados, de consideraciones elementales de humanidad ("leyes de humanidad") y de los dictados de la conciencia colectiva. Así pues, y pese a lo relativamente vago e indeterminado del contenido jurídico de la cláusula, ésta, a través de la doble conexión con los principios y con las reglas consuetudinarias (los "usos establecidos"), expresa en un lenguaje rotundo, en el doble sentido retórico y ético, su influencia en la formación y la interpretación del Derecho de la guerra y del Derecho internacional humanitario[3]. Con independencia de que se haya podido vincular la cláusula Martens, atendiendo a su fraseología, con la tradición doctrinal del Derecho natural[4], lo cierto es que, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho internacional, dicha cláusula reenvía a principios generales propios de este Derecho cuyo carácter obligatorio no parece depender de la voluntad de los Estados —las partes contratantes de los citados Convenios de 1899 y 1907 se limitan a "hacer constar" la aplicabilidad de ciertos principios, leyes y dictados—, lo que entronca con la percepción de que existen obligaciones que, según diría Christian Tomuschat, vinculan a los Estados sin o contra su voluntad (*without or against their will*)[5]. Aunque luego volveré sobre este punto, quiero adelantar aquí que los principios a los que la cláusula se refiere aseguran un nivel indispensable de protección en casos no regulados, o no bien regulados, por el Derecho convencional, y en este sentido se presentan bajo el cariz de principios inspiradores de principios y reglas ya establecidos o *in statu nascendi*.

---

el cuarto Convenio de 1907. La cláusula Martens figura en el preámbulo de ambos Convenios.

3 Theodor Meron, trabajo citado, p. 79.

4 Ver al respecto Paolo Benvenuti, "La clausola Martens e la tradizione classica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati", *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 166-224.

5 Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against their Will", *RCADI*, T. 241, 1993, IV, pp. 197375.

Así, los desarrollos de la práctica en lo tocante a las consecuencias jurídicas de la participación directa de civiles en las hostilidades en el contexto de los conflictos armados actuales —sobre todo los que se presentan como guerras asimétricas— no deberían disociarse de las exigencias humanitarias básicas, por genéricas que resulten en su formulación, que impone la cláusula Martens.

Ahora bien, cabe sostener que la cláusula Martens depende en su aplicación de la existencia por separado de una regla de Derecho internacional consuetudinario que respalde una prohibición específica, y que en ausencia de una tal regla la cláusula en cuestión sirve de poco para generar *per se* obligaciones de los Estados. Así lo sostuvieron el Reino Unido y los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia en el contexto del asunto de las *armas nucleares*. Sobre esta cuestión que toca a las relaciones entre los principios generales del Derecho internacional y las reglas consuetudinarias internacionales, mi punto de vista[6] es que, si bien la *opinio iuris* de los Estados expresada en una práctica general —en otras palabras, en un uso establecido entre naciones civilizadas— puede constituir la prueba de la existencia de un principio general, éste no deja de poseer una entidad propia y una aplicabilidad distinta, subsistiendo, por decirlo así, fuera del proceso consuetudinario, si bien en conexión con él en cuanto a través de la práctica se revela el valor del principio en cuestión como una "rationalization of a certain way of correct conduct required of everyone"[7]. En relación con el citado asunto de las *armas nucleares*, el juez Shahabuddeen, refiriéndose en su opinión disidente al principio que limita el derecho a elegir los métodos o medios de hacer la guerra, sostiene que su aplicación no requiere la prueba de una *opinio iuris* contraria al uso de una determinada arma, resultando en este sentido difícil admitir la existencia de un derecho a elegir un método o medio cuyo uso repugna al sentir de la comunidad; y, a propósito de la cláusula Martens, precisa dicho juez que la autoridad de tal cláusula, a la que califica de autosuficiente, respalda la proposición de que existen, con carácter previo, ciertos principios de Derecho internacional bajo los cuales las consideraciones de humanidad podrían por sí mismas estar dotadas de fuerza jurídica para reglamentar la conducta militar en aquellos casos en que el Derecho convencional no provea reglas apropiadas o suficientes[8].

---

6 Ver Manuel Pérez González, "Apuntes sobre los principios generales del Derecho en el Derecho internacional", *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/ Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 10211036; p. 1029.

7 Christian Tomuschat, *op. cit.*, p. 322.

8 Opinión disidente del juez M. Shahabuddeen incorporada a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre el asunto de la *legalidad de la*

Inserta en los dos citados Convenios sobre la base de una propuesta presentada en su día por el delegado ruso en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, Fedor F. de Martens, la cláusula fue concebida en un principio con la finalidad de proveer reglas humanitarias residuales o suplementarias para la protección de las poblaciones de los territorios ocupados —especialmente de los miembros de la resistencia frente a la ocupación extranjera—, habida cuenta de la falta de acuerdo entre las pequeñas y las grandes potencias representadas en aquella Conferencia sobre la cuestión relativa a la situación de las personas civiles que tomaban armas contra el ocupante, cuestión que, dicho sea de paso, sigue en la actualidad suscitando acalorados debates en cuanto al estatuto y al grado de protección de esas personas[9]. A pesar de que no fue posible en la Conferencia resolver esa espinosa cuestión, se consiguió, gracias a la propuesta del citado delegado, incluir una especie de garantía básica de protección de las poblaciones y personas civiles ("pueblos") y de los combatientes ("beligerantes"), fundada en la convicción de las partes contratantes de que no podía entrar en sus intenciones "que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirijan los ejércitos". Tal garantía básica de protección quedaba, pues, asegurada por la cláusula Martens, que hunde sus raíces en toda una corriente normativa, —el Código de Lieber de 1863, la Declaración de San Petersburgo de 1868, el proyecto de Declaración adoptado en el seno de la Conferencia de Bruselas de 1874— orientada a conciliar las necesidades de la guerra con las exigencias de la humanidad.

2. *La "vis expansiva" de la Cláusula*

Por otra parte, la cláusula Martens ha adquirido una significación que trasciende o rebasa el concreto problema de la resistencia armada en un territorio ocupado, en la medida en que, como advierten Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, "quiere decir, ni más ni menos, que, aunque los Estados no logren un acuerdo acerca de un asunto en particular, la conducción de la guerra siempre estará regida por los principios existentes del derecho internacional"[10]. Ello

---

amenaza o el empleo de armas nucleares, Parte III, 1 y 3.

9 Cuestión ésta conectada con otra sujeta a inevitable contagio político cual la de la calificación como combatientes o, por el contrario, terroristas de los resistentes o insurgentes. Ver al respecto Manuel Pérez González, "Combating terrorism: An International Humanitarian Law Perspective", *International Legal Dimension of Terrorism* (Pablo Antonio Fernández Sánchez ed.), Martinus Nijhoff Publishers, LeidenBoston, 2009, pp. 253-274; passim.

10 Frits Kalshoven & Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional humanitario*, CICR, Ginebra, 2001, p. 25.

supone que una interpretación más amplia de la cláusula Martens apunta a que la misma alcanza a todas las partes del Derecho internacional humanitario, adquiriendo así un carácter general que la habilita para colmar eventuales lagunas en la codificación del Derecho bélico o en todo caso para asegurar una disciplina en caso de que las partes en conflicto llegaran a denunciar los convenios de Derecho humanitario[11]. En este sentido, la cláusula Martens salvaguarda el Derecho consuetudinario y presta apoyo al argumento según el cual lo que no está prohibido por un tratado no es necesariamente lícito, propugnando interpretar el Derecho internacional humanitario, en caso de duda, de manera compatible con los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública[12].

La idea de hacer de esos principios y dictados una especie de barrera de protección general para todos los casos no previstos por el Derecho de los conflictos armados ha entrado, como apunta Eric David[13], en las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 en el contexto de las cláusulas de denuncia (párrafo final de los artículos 63 del primer Convenio, 62 del segundo, 142 del tercero y 158 del cuarto), en el sentido de que la denuncia de cualquiera de dichos Convenios

> *(n)o producirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes tengan que cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.*

Disposiciones de este tipo no hacen sino constatar la continuidad del deber de un Estado que abandona la disciplina convencional de seguir vinculado por ciertos principios o reglas que, aun estando enunciados en el tratado del que se retira, tienen vida propia y obligan a título de Derecho internacional general[14].

---

11 Natalino Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 104.

12 Theodor Meron, trabajo citado, pp. 87-88.

13 Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 4ª edición, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 614.

14 En la codificación del Derecho de los tratados, las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 establecen con carácter general en su artículo 43 el deber de un Estado o, en su caso, una organización internacional que denuncia un tratado o se retira de él de seguir cumpliendo toda obligación enunciada en el tratado a la que ese Estado o esa organización esté sometido “en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”. En su comentario al entonces artículo 40 del proyecto de artículos sobre el Derecho de los tratados, de 1966, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas consideraba esta cuestión como “axiomática”. Ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, Vol. II*, Naciones Unidas, Nueva York, 1967, p. 260.

Sin perjuicio de que, en concreto, haya podido entenderse que la salvedad recogida en las cláusulas de denuncia de los Convenios de 1949 produce un efecto equiparable a ciertas cláusulas generales de salvaguardia incluidas en diversos tratados internacionales de derechos humanos[15], según las cuales no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los Estados partes so pretexto de que el tratado no los reconoce o los reconoce en menor grado[16], lo cierto es que aquella continuidad del deber de seguir cumpliendo ciertas obligaciones enunciadas en el texto convencional descansa en la propia fuerza normativa de los principios y "leyes" de humanidad de los que en definitiva derivan esas obligaciones. Por lo demás, la inserción *ipsis verbis* de las frases de la cláusula Martens en el contexto de las cláusulas de denuncia de los Convenios resulta del todo pertinente habida cuenta de que la cláusula Martens se aplica en los casos no previstos por el Derecho en vigor, lo que comprende evidentemente los casos en que un convenio dejaría de aplicarse en razón de una denuncia[17].

En el marco de la evolución normativa de la cláusula Martens, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra vinieron en 1977 a aportar lo que se ha calificado como una versión "modernizada" de la misma[18]. En concreto, en el Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) la cláusula es trasladada sin duda atendiendo a su relevancia, del preámbulo a la parte dispositiva, dentro de la cual el artículo 1 dispone en su apartado 2, con un lenguaje actualizado, que "(e)n los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública". En la Conferencia que acabó adoptando el Protocolo, el delegado de Bélgica se refirió a la cláusula en cuestión como un principio de interpretación que conlleva "an *a contrario* interpretation since, where there was no formal obligation, there was always a duty stemming from international law"[19], lo cual apunta sin duda a la función de la cláusula de aportación de pautas básicas de conducta orientadas a cubrir posibles vacíos en la regulación escrita en el contexto del desarrollo progresivo del Derecho internacional

---

15 Entre ellos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (artículo 5.2).
16 Ver en este sentido Eric David, op. cit., p. 615.
17 Cfr. Eric David, *op. cit.*, p. 635.
18 Theodor Meron, trabajo citado, p. 80.
19 *8 Diplomatic Conference on the Reaffirmation and the Development of International Law Applicable in Armed Conflicts, Official Records*, Doc. CDDH/I/SR.3, para. 11 (1978). *Apud* Theodor Meron, *loc. cit.*, p. 81.

humanitario. Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su *Comentario* al Protocolo I, señala en esta línea que debe verse en la cláusula Martens un elemento dinámico que proclama la aplicabilidad de los principios en ella enunciados, independientemente de la ulterior evolución da las situaciones o de la técnica[20].

En el Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), la cláusula Martens permanece confinada en el preámbulo, en una versión, además, abreviada[21] que omite la referencia a los principios del Derecho de gentes y a los usos establecidos, limitándose a recordar que,

> *en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.*

Por lo demás, la cláusula Martens fue incorporada, en el contexto de la prohibición de ciertos tipos de armas, en la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, que en su preámbulo confirma la decisión de los Estados partes en ella de que,

> *en los casos no previstos en la presente Convención, en sus Protocolos anexos o en otros acuerdos internacionales, la población civil y los combatientes permanecerán en todo momento bajo la protección y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados de la costumbre, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.*

Y un eco de la cláusula se refleja en la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción ("Tratado de Ottawa"), de 1997, en cuya parte preambular los Estados partes ponen de relieve "el papel que desempeña la conciencia pública en el fomento de los principios humanitarios, como se ha puesto de manifiesto en el llamado hecho para lograr una total prohibición de minas antipersonal", a la vez que reconocen "los esfuerzos que con ese fin han emprendido el Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas y otras numerosas organizaciones

---

[20] *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Tomo I, Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza & Jané Editores Colombia, Bogotá, 2001, p. 67. Cfr. H Strebel, *op. cit.*, p. 252, y S. Miyazaki, *op. cit.*, p. 441.

[21] Theodor Meron (*loc. cit.*, p. 81), la califica de "emasculada" o castrada, lo que en su opinión se explicaría por el hecho de que la Conferencia diplomática que adoptó el Protocolo fue reacia a imponer obligaciones extensas a los Estados en relación con los conflictos domésticos.

no gubernamentales de todo el mundo". Este recordatorio de los esfuerzos de las instituciones representativas de la sociedad civil a escala internacional, en su relación dialéctica con la conciencia pública en cuanto suscitadora y reveladora de principios humanitarios, parece reenviar a la opinión pública —en el sentido de opinión popular, de *vox populi*— que, aun pudiendo diferir de la opinión de los gobiernos que constituye *la opinio iuris* en sentido técnico-jurídico, ejerce su influencia sobre ésta y contribuye a formarla[22].

II. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA MARTENS EN LA JURISPRUDENCIA

1. *Principios de base del Derecho internacional humanitario y consideraciones elementales de humanidad*

A raíz de su plasmación convencional o al hilo de ella, la cláusula Martens ha sido invocada con profusión en declaraciones de Conferencias internacionales[23], en resoluciones de órganos internacionales[24], en Manuales Militares de diversos Estados[25], en informes de relatores especiales de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países[26], etc.

---

22 Cfr. Theodor Meron, *loc. cit.*, pp. 83-85.

23 Así, en la Resolución XXIII, "Los derechos humanos en los conflictos armados", aprobada por la Conferencia de Teherán de derechos humanos de 1968. *Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968*, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, III, XXIII, p. 19.

24 En diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se hace apelación, bien a ciertos principios básicos del Derecho de La Haya sobre conducción de las hostilidades que se corresponden con la filosofía de la cláusula Martens (resolución 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968, entre otras), bien a "la conciencia y la razón humanas" como base de la condena de la guerra nuclear (resolución 38/75 de 15 de diciembre de 1983, entre otras).

25 Entre ellos los de los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia y Alemania. En el del Reino Unido, la cláusula Martens sirve como argumento para establecer parámetros sobre los tipos y grados de violencia de que puede hacer uso un beligerante (ver United Kingdom War Office, *The Law of War on Land, Being Part III of the Manual of Military Law*, 1958, para. 3). En el de Alemania, tras citarse la cláusula Martens, se precisa: "If an act of war is not expressly prohibited by international agreements or customary law, this does not necessarily mean that it is actually permissible" (ver Federal Ministry of Defense, *Humanitarian Law in Armed Conflicts-Manual*, ZDv 15/2, 1992, para. 129).

26 Así, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación iraquí señaló, a la luz de "consideraciones elementales de humanidad", que en la cláusula Martens se contienen tres principios consuetudinarios: el que sostiene que el

Pero ha sido sobre todo en la jurisprudencia —en el contexto de litigios entre Estados, consultas de órganos internacionales a la Corte Internacional de Justicia o casos ante tribunales penales internacionales en relación con la responsabilidad penal individual por violaciones del Derecho humanitario— donde la cláusula Martens ha recibido aplicación en la práctica y ha visto desarrolladas sus virtualidades.

Se ha hecho notar con razón que los principios de humanidad —las "leyes de humanidad" según distintas versiones de la cláusula Martens— no son diferentes de las consideraciones elementales de humanidad, concepto éste que ha sido aplicado en particular a las obligaciones de los Estados. Así lo hizo en su día el tribunal arbitral que resolvió el caso de *Naulilaa* en 1928 al invocar las "experiencias de la humanidad" para limitar el alcance de las represalias. Así lo hizo la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1949 sobre el asunto del *canal de Corfú* al observar que las obligaciones de vigilancia de Albania estaban basadas, no en las convenciones sobre el Derecho de la guerra, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos, "señaladamente consideraciones elementales de humanidad". Consideraciones que la propia Corte invocó de nuevo en 1986 en su decisión sobre el fondo del asunto *Nicaragua* al indicar que ciertas reglas enunciadas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 "corresponden a lo que calificó en 1949 como 'consideraciones elementales de humanidad'" y que en ese sentido constituyen un mínimo normativo aplicable indistintamente a los conflictos internacionales y no internacionales[27]; apelando a su vez a la cláusula Martens en su inserción en las cláusulas de denuncia de los Convenios para deducir la posibilidad de evaluar la conducta de los Estados Unidos en función de los principios generales de base del Derecho humanitario[28].

Nótese que la Corte, en esta sentencia, aun advirtiendo que en el caso controvertido —acciones militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella— los principios pertinentes deben buscarse en el artículo 3 común a los Convenios de 1949[29], recurre al fraseado de la cláusula Martens con el objeto de reforzar

derecho de las partes a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, el que ordena hacer distinción entre quienes participan en operaciones militares y quienes pertenecen a la población civil, y el que prohíbe lanzar ataques contra la población civil en cuanto tal. *Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation*, UN Doc. E/CN.4/1992/26, para. 36. *Apud* Theodor Meron, *op. cit.*, p. 83.

27 Párrafos 218 y 219 de la sentencia.

28 Párrafo 218.

29 Párrafo 219. Sobre el significado y el alcance del artículo 3 común en el Derecho internacional humanitario, puede consultarse mi contribución al libro-homenaje a la profesora Victoria Abellán bajo el título "El art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como

la consideración de que ciertos principios generales del Derecho humanitario, de los que esos Convenios "no son más que la expresión concreta", generan para un Estado la obligación de no instigar a personas o grupos que participen en un conflicto a actuar en violación de disposiciones como las del artículo 3 común[30]. Parece, pues, que la Corte da por supuesto que los principios y reglas contenidos en este precepto, de los que se desprenden obligaciones positivas (tratar con humanidad a quienes no participen en las hostilidades) y prohibiciones específicas (ataques a la vida o a la dignidad de las personas, condenas y ejecuciones sin juicio previo rodeado de las indispensables garantías judiciales), hallan su sustento en los enunciados más genéricos, pero no por ello menos constringentes, de la cláusula Martens, que en este sentido parece constituirse, en su apelación a los principios o "leyes" de humanidad y a las exigencias de la conciencia pública, en un fundamento normativo de reglas de protección específicas definidas en otras disposiciones convencionales como el propio artículo 3 común o los artículos 75 del Protocolo adicional I y 4 a 6 del Protocolo adicional II. En concreto, los principios del Derecho de Ginebra —y a la vez del Derecho de los derechos humanos— recogidos en el artículo 3 común descansan y hallan cobijo, en una pura conexión lógica, en las prescripciones generales de la cláusula Martens. A la postre, son las consideraciones elementales de humanidad evocadas en la sentencia sobre el *Canal de Corfú* en 1949 —año de adopción de los Convenios de Ginebra— las que están en la base de las obligaciones derivadas de los "principios generales y bien reconocidos" a los que esa sentencia se refiere.

2. *La cláusula Martens y la cuestión de la legalidad de las armas nucleares*

En su opinión consultiva de 1996 sobre las *armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la pertinencia de la cláusula Martens para considerar la legalidad del recurso a ciertos métodos y medios de hacer la guerra y, en concreto, de la amenaza o el empleo de ese tipo de armas de destrucción masiva. En el discurso de la Corte, la cláusula Martens se trae a colación en estrecha relación con principios que califica de cardinales e intransgredibles, como el principio de distinción, la prohibición de hacer objeto de ataques a

---

expresión normativa del 'poder de la humanidad': algunas reflexiones", *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia* (2 volúmenes), Volumen I, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 485-515.

30 Párrafo 220.

los civiles, la prohibición de utilizar armas que causen a los combatientes daños superfluos o que acentúen innecesariamente su sufrimiento, y la negación del carácter ilimitado de la libertad de los Estados para elegir el tipo de armas que utilizan[31]. Según la propia Corte, la cláusula Martens —cuya "versión moderna" del artículo 1.2 del Protocolo adicional I se recoge en la opinión consultiva— "ha demostrado ser un medio eficaz para reflejar la rápida evolución de la tecnología militar"[32], resaltando de este modo la vigencia continuada y la adaptabilidad de los principios y exigencias enunciados en ella a las nuevas situaciones que puedan ir surgiendo, lo que explica la referencia hecha a la cláusula en la opinión consultiva "como afirmación de que los principios y normas del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares"[33]. Y si bien la Corte, en ausencia de prohibiciones específicas, consuetudinarias o convencionales, no se veía en condiciones de concluir que la utilización de las armas nucleares "está forzosamente reñida con los principios y normas aplicables a los conflictos armados en cualquier circunstancia"[34], sí estimó por lo menos que, considerando que dichos principios y normas —cuyo núcleo está presidido por una consideración de humanidad— hacen que el desarrollo de las hostilidades se supedite a requisitos estrictos, la utilización de tales armas "parece, de hecho, escasamente compatible con el respeto de esos requisitos"[35].

Y si bien en la doctrina se ha dicho que el contexto de esta declaración de la Corte sugiere que los patrones (*yardsticks*) utilizados por ella en este caso eran el principio de distinción y la prohibición de causar sufrimientos innecesarios más que los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública[36], creo que, dada la sustancial relación, apuntada por la propia Corte, entre la cláusula Martens y aquellos principios, puede considerarse que la cláusula en sí misma vale como parámetro de conducta de los Estados siquiera en cuanto soporte o fuente de inspiración de principios más específicos cuales los que se mencionan en el párrafo 78 de la opinión consultiva. En otras palabras, el principio de distinción, la prohibición de medios de combate que causen males superfluos y la prohibición de ataques contra los civiles se desprenden o derivan de los principios o "leyes" de humanidad y en este sentido son indisociables de la garantía básica de protección aportada por la cláusula Martens. Añádase a ello que la cláusula, una de las disposiciones del

---

31 Ver al respecto el párrafo 78 de la opinión consultiva.
32 *Ibid*.
33 Párrafo 87.
34 Párrafo 95.
35 *Ibid*.
36 Theodor Meron, *op. cit.*, p. 87.

Protocolo adicional I adoptadas en 1977, "era simplemente la expresión del Derecho consuetudinario preexistente", según la propia Corte puntualiza en su opinión consultiva[37].

Ahora bien, ser expresión del Derecho consuetudinario existente no contradice la existencia *per se* de los principios a los que se refiere la cláusula con independencia de su corroboración en la práctica de los Estados (los "usos establecidos"), esto es, en el proceso consuetudinario. Esta consideración sirve para salir al paso de la opinión expresada ante la Corte por algunos Estados según la cual la cláusula Martens depende en su aplicación de la existencia por separado de una regla de Derecho internacional consuetudinario prohibiendo el uso de una determinada arma, regla que, a juicio de esos Estados, no parece que exista. Frente a tal posición, el juez Shahabuddeen, en su ya citada opinión disidente en el asunto de las *armas nucleares*, sostiene que, al disponer la cláusula Martens que en defecto de regulación convencional las poblaciones y los contendientes "quedan" (*remain* en el texto inglés y *restent* en el francés) bajo la salvaguardia de los principios del Derecho de gentes según resultan de los usos, principios y dictados enunciados en la propia cláusula, esta referencia era descriptiva del carácter de principios *existentes* y no podía, pues, entenderse como una condición de dichos principios en el futuro; sin perjuicio, no obstante, de la apertura de tales principios a conceptos evolutivos[38]. La conclusión a la que llega el citado juez es que la cláusula Martens vino a dar respaldo, con su autoridad "autosuficiente", a la proposición de que ya existían principios de Derecho internacional bajo los cuales las consideraciones de humanidad podrían ellas mismas proporcionar fuerza jurídica (*legal force*) para gobernar la conducta militar en casos en que el Derecho convencional no proveyera una regla relevante al efecto[39]. Partiendo de esta. consideración, Shahabuddeen sostiene que la Corte no tiene que verificar si existe una *opinio iuris*, pues el Derecho internacional, bajo la forma de la cláusula Martens, ya ha establecido la norma jurídica necesaria, de modo que la tarea de la Corte es tan sólo "that of evaluating a standard embodied in an existing principle

---

37 Opinión consultiva, párrafo 84.

38 Opinión disidente del juez M. Shahabuddeen, citada *supra* en nota 8, Parte III ("Whether the Court could hold that the use of nuclear weapons is prohibited by humanitarian law"), 3 ("The Martens Clause"). Precisa en este punto el propio juez que la cláusula Martens proporciona base para tratar a los principios y dictados referidos en ella como principios del Derecho internacional, "leaving the precise content of the standard implied by these principles of international law to be ascertained in the light of changing conditions, inclusive of changes in the means and methods of warfare and the outlook and tolerance levels of international community" (*ibid*).

39 *Ibid*.

by way of making a finding as to what it is that the 'principles of humanity and the dictates of public conscience' require of military conduct in a given situation"[40]. No deja, empero, de reconocer dicho juez que, en último análisis, la respuesta dependerá de cuáles sean las opiniones o criterios de los Estados mismos, pero, con todo, "so far as the Martens Clause is concerned, the views of States are relevant only for their value in indicating the state of the public conscience, not for the purpose of determining whether an *opinio iuris* exists as to the legality of the use of a particular weapon"[41].

Esto vale tanto como decir que las prescripciones de la cláusula Martens se bastan por sí solas para declarar fuera de la ley las armas nucleares[42]. La Corte habría podido al menos, a la hora de determinar cuál es la posición de los Estados al respecto, proceder sobre la base de una presunción de que el juicio de los Estados no diferiría del resultante de la conciencia pública. Pero, ¡ay!, los hechos son los hechos, y el hecho de no considerarse la Corte capaz de constatar la existencia de una *opinio iuris* de los Estados sobre la ilegalidad del recurso a las armas nucleares en cualquier circunstancia la llevó a ese callejón sin salida, a esa especie de *non liquet*, reflejado en el párrafo 97 y en el apartado E del dispositivo final de la opinión consultiva. Pero esta es otra historia, que tiene que ver con la función de los principios generales del Derecho internacional en orden a colmar lagunas en la regulación de ciertos sectores del ordenamiento y con el sentido de las relaciones entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, en la que no parece oportuno entrar aquí[43].

---

40 *Ibid*.

41 *Ibid*.

42 Conclusión ésta a la que también parece llegar el juez C. G. Weeramantry al señalar que "(i)t is on those general principles [enunciados en la cláusula Martens] that the illegality of nuclear weapons rests" y al considerar que, dado el impacto de los desarrollos de los estándares internacionales de derechos humanos sobre las consideraciones de humanidad y los dictados de la conciencia pública, los correspondientes principios "tend to be invoked immediately and automatically whenever a question arises of humanitarian standards". Opinión disidente del juez C. G. Weeramantry incorporada a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre el asunto de la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, III ("Humanitarian Law"), 4 y 6.

43 Para un apunte sobre estas cuestiones, puede verse mi trabajo "A vueltas con las lagunas: contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional", *Estudios de Derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro* (Zlata Drnas de Clément, coord.), Tomo I, Drnas-Lerner Editores, Córdoba (Argentina), s.f., pp. 3-21, pp. 14-21; y "Apuntes sobre los principios...", cit. *supra* en nota 6, pp. 1032-1036. También me parece oportuno recordar aquí mis reflexiones, muy anteriores en el tiempo, en torno al tema de la legalidad de las armas nucleares, publicadas bajo el título "Seguridad y desarme en la era nuclear: datos jurídicopolíticos", en *Anuario Jurídico*, X, 1983, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 358384. Ver, asimismo, el esclarecedor análisis hecho por José

3. La cláusula Martens en el contexto del Derecho penal internacional

Distintos tribunales, nacionales e internacionales, se han referido a la cláusula Martens para apoyar sus decisiones en relación con casos en los que se dilucidaba la responsabilidad penal individual por presuntas violaciones graves del Derecho internacional humanitario (crímenes de guerra) o por crímenes contra la humanidad.

En un principio, la cláusula Martens fue invocada sobre todo en respuesta al reproche de que la Carta de Nuremberg, en su aplicación por los tribunales, constituía una legislación penal retroactiva. En el caso *Altstötter*, por ejemplo, la cláusula servía de respaldo adicional a la proposición de que la deportación de habitantes de territorios ocupados estaba prohibida por el Derecho consuetudinario de la guerra y, en cuanto tal, constituía un crimen a la luz de este Derecho[44].

La juridicidad de la cláusula Martens fue, por otra parte, reconocida en el caso *Krupp*, en el que el Tribunal Militar de los Estados Unidos, yendo más allá del contexto en que la cláusula fuera promulgada en 1899, la interpretó diciendo que el preámbulo de la segunda Convención de La Haya de 1899 (y de la cuarta Convención de 1907), en el que figura dicha cláusula,

> *is much more than a pious declaration. It is a general clause, making the usages established among civilizad nations, the laws of humanity and the dictates of public consciente into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring in warfare, or concommitant to warfare[45].*

Por su parte, la High Court of Justice de Canadá, en el caso *Finta*, vio en la cláusula Martens la prueba de que, "under international law, war did not totally negate the legal protection accorded to civilian population"[46]. En la ju-

---

Luis RodríguezVillasante y Prieto en su trabajo "El dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 71, 1998, pp. 91-175.

44 United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, 6, 1948, pp. 40, 5859. Con anterioridad, la Corte Suprema de Noruega, en su decisión de 27 de febrero de 1946 en el caso *Klinge*, consideró que una condena por actos de tortura, si bien no incriminados por la ley noruega, no era contraria al principio de la irretroactividad de las leyes. *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1946, p. 263. *Apud* Eric David, *op. cit.*, p. 615.

45 Decisión de 30 de junio de 1948, *in re Krupp and others, Annual Digest of Public International Law Cases*, 15, pp. 620, 622.

46 Canada High Court of Justice, decisión de 10 de julio de 1989, *International Law Reports*, 82, p. 435. *Apud* Eric David, *op. cit.*, p. 615.

risprudencia belga, la cláusula Martens ha sido invocada, de modo explícito o implícito, por diversos órganos judiciales para fundar la ilegalidad de ciertos actos (tortura y tratos crueles, entre otros) por relación a las leyes y costumbres de la guerra[47].

En cuanto a los tribunales penales internacionales, destaca sin duda el conjunto de decisiones del Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia (TPIY) en las que a unos u otros efectos se hace apelación a la cláusula Martens.

En algunas de esas decisiones —casos *Celebici*[48] y *Orić*[49], entre otros—, el Tribunal para la ex-Yugoslavia ha acudido a la cláusula Martens para reforzar su interpretación de que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, cuyas violaciones son perseguibles según el propio Tribunal en el contexto del artículo 3 de su Estatuto, ha adquirido el estatus de Derecho consuetudinario internacional, y, por proteger valores esenciales, los principios y reglas en él recogidos son aplicables por igual a los conflictos internacionales e internos.

El Tribunal halló ocasión para subrayar la relevancia de la cláusula Martens al poner de relieve en el caso *Martić*[50] que la prohibición de atacar a la población civil en cuanto tal y a las personas civiles, y el principio general que limita los medios y métodos de hacer la guerra, emanan de las consideraciones elementales de humanidad —que “also derive from the Martens Clause”— las cuales constituyen el fundamento del entero conjunto de Derecho internacional humanitario aplicable a todos los conflictos armados. Y, en el caso *Furundzija*, el propio Tribunal mencionó la cláusula Martens para dar sostén a la proposición de que la prohibición de la tortura es una parte del Derecho internacional consuetudinario. En este asunto, en efecto, el Tribunal sostiene que dicha prohibición —al igual que la de la violación y otras formas de violencia sexual— ha evolucionado hacia ese estatus a través de su cristalización progresiva en el Código de Lieber y en los Convenios de La Haya, en particular los artículos 4 y 46 del Reglamento anexo al cuarto Convenio de

47 Ver al respecto Eric David, *op. cit*., p. 833.

48 ICTY, Case No. IT.96-21-T, *Celebici*, 16 Nov. 1998, para. 143, y Case No. IT.96-21-A, *Mucić et al. (Celebici)*, 20 Febr. 2001, para. 143.

49 ICTY, Case IT.03-68-T, *Orić*, 30 June 2006, para. 261.

50 ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, Case No. IT.9511R61, 13 March 1996, para 13.

1907, leídos en conjunción con la cláusula Martens inserta en el preámbulo de este Convenio[51].

Refiriéndose a la consideración de la Corte Internacional de Justicia de que la cláusula Martens ha venido a convertirse en parte del Derecho internacional consuetudinario, el Tribunal, en el caso *Kupreskić*, expresa su opinión de que dicha cláusula no debe entenderse en el sentido de que los "principios de humanidad" y los "dictados de la conciencia pública" han sido elevados a la categoría de fuentes independientes de Derecho internacional, pues esta conclusión, en su parecer, se ve desmentida por la práctica internacional[52]. No está claro si con ello el Tribunal se contenta con descartar que los genéricos principios y dictados recogidos en la cláusula posean por sí solos eficacia normativa sin contar con el apoyo de una práctica de los Estados respaldada por la *opinio iuris*, o bien apunta a negar, en un plano más general, el carácter de fuente autónoma de los principios generales de Derecho en el Derecho internacional. Lo que en todo caso queda claro es que el Tribunal defiende la funcionalidad de la cláusula al encarecer que ésta impone, como mínimo, una referencia a esos principios y dictados cada vez que una regla de Derecho internacional humanitario no sea suficientemente rigurosa y precisa, debiendo en tales casos definirse el significado y alcance de la regla en cuestión por referencia a dichos principios y dictados. En el caso concreto controvertido, ello supondría, según el Tribunal, que las prescripciones de los artículos 57 y 58 del Protocolo adicional I de 1977 (y de las correspondientes reglas consuetudinarias) deben interpretarse en el sentido de restringir en lo posible el poder discrecional de atacar a los contendientes contrarios y, a mayor abundamiento, de ampliar la protección acordada a los civiles[53]. Para ilustrar el alcance de tal interpretación, el Tribunal plantea una hipótesis que toca de lleno a la aplicación del principio de proporcionalidad en la conducción de las hostilidades: "Como un ejemplo —dice el Tribunal— del modo en que la cláusula Martens puede ser utilizada, cabe referirse a consideraciones tales como el efecto acumulativo de los ataques contra objetivos militares que causen daños incidentales a los civiles. En otras palabras, puede ocurrir que ataques singulares aislados contra objetivos militares que causen daños incidentales a los civiles, aunque puedan suscitar dudas sobre su licitud, no parezcan por su cariz chocar con las genéricas disposiciones de los artículos 57 y 58 (o de las correspondientes reglas consuetudinarias). En cambio, en caso de ataques repetidos, todos o algunos de los cuales están en la zona gris entre la legalidad

---

51 ICTY, Case No. IT.95-17/1-T, *Furundzija ("Lasva Valley")*, 10 Dec. 1998, para. 137.

52 ICTY, Case No. IT.95-16-T, *Kupreskić et al ("Lasva Valley")*, 14 Jan. 2000, para. 525.

53 *Ibid*.

indiscutible y la ilegalidad manifiesta, se puede llegar a la conclusión de que el efecto acumulativo de tales actos motiva que los mismos no sean conformes con el Derecho internacional. En efecto, este tipo de conducta militar puede llegar a comprometer excesivamente las vidas y bienes de los civiles, en contradicción con las exigencias de humanidad"[54].

En este mismo asunto *Kupreskić*, y a propósito de la prohibición de las represalias contra los civiles, el Tribunal se pregunta si los Estados que no se han incorporado al Protocolo adicional I están obligados no obstante por reglas generales que tengan el mismo contenido que las disposiciones de los artículos 51.6 y 52.1 de dicho Protocolo. Intentando dar respuesta a la pregunta, el Tribunal acude de nuevo a la cláusula Martens para sostener que, en este y otros terrenos, de ella se desprende que la *opinio iuris* puede desempeñar un papel mucho mayor que el *usus* o *diuturnitas* en la cristalización de reglas consuetudinarias: "Teniendo en cuenta el modo en que los Estados y los tribunales han aplicado esta cláusula, la misma revela claramente que pueden emerger principios de Derecho internacional humanitario a través de un proceso consuetudinario bajo la presión de las exigencias de humanidad o de los dictados de la conciencia pública, incluso si la práctica estatal es escasa o contradictoria (*inconsistent*). El otro elemento, bajo la forma de *opinio necessitatis*, cristalizando como resultado de los imperativos de humanidad o de conciencia pública, puede convertirse en el elemento decisivo que anuncia la aparición (*emergence*) de una regla o principio general de Derecho humanitario"[55].

El Tribunal, en fin, hizo referencia en alguna ocasión a la cláusula Martens para aplicar ciertos tipos delictivos que, aun quedando fuera de las definiciones de los artículos 2 y 3 de su Estatuto (violaciones del *ius in bello* en sentido estricto), caen dentro de su competencia por la vía, en concreto, del artículo 5, referido a los "crímenes de lesa humanidad". Así, el Tribunal, siguiendo la estela de diversas decisiones de órganos judiciales internos[56], sostuvo en el caso *Tadić* que la noción de crímenes contra la humanidad como concepto jurídico independiente, reconocida en 1945 en el artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg anexa al Acuerdo de Londres, si bien podía considerarse novedosa hasta cierto punto en aquella fecha al no haber sido previamente codificada, "había sido usada en un sentido no técnico ya en 1915 y en subsiguientes de-

---

[54] Párrafo 526 de la decisión. La traducción es mía.

[55] Párrafo 527. La traducción es mía.

[56] Así, la decisión de la Corte Penal Especial de La Haya de 4 de mayo de 1948 sobre el caso *Rauter*, y la de la Corte Suprema de Israel de 29 de mayo de 1962 sobre el caso *Eichmann*. *Apud* Eric David, *op. cit.*, p. 833.

claraciones concernientes a la primera guerra mundial, y había sido aludida [insinuada] en el preámbulo del [Cuarto] Convenio de La Haya de 1907 en la llamada 'Cláusula Martens'. De este modo, cuando los crímenes contra la humanidad fueron incluidos en la Carta de Nuremberg, aunque se trataba del primer uso técnico del término, no se consideró un concepto nuevo"[57].

III. EL SIGNIFICADO, EL VALOR Y LA UTILIDAD DE LA CLÁUSULA MARTENS (RECAPITULACIÓN)

Como queda expuesto más arriba, la cláusula Martens, a la hora de su introducción en 1899, respondía al objetivo de proveer reglas residuales de protección de las poblaciones de los territorios ocupados, intentando resolver el espinoso problema —sobre el que los gobiernos no habían logrado acuerdo— de la resistencia armada en situaciones de ocupación extranjera. Con el tiempo, no obstante, la fraseología de la cláusula Martens fue adquiriendo una significación que trasciende ese problema particular, alcanzando, por decirlo así, "a todas las partes del Derecho internacional humanitario"[58]. En este sentido, la cláusula Martens sugiere la necesidad de que, en todo lo no regulado por los textos convencionales del Derecho de los conflictos armados, y sin perjuicio del desarrollo progresivo de este sector del Derecho internacional a través de nuevas reglas, se asegure a las personas civiles y a los combatientes una protección basada en ciertos principios generales ("principios del derecho de gentes") resultantes de los usos establecidos, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública. Como también indiqué en páginas anteriores, los principios a los que la cláusula Martens alude se presentan bajo el cariz de principios inspiradores de principios y reglas bien definidos, ya consolidados o *in statu nascendi*: en concreto, los principios y reglas recogidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y en los artículos 75 del Protocolo adicional I y 4 a 6 del Protocolo adicional II reciben su fuerza de las exigencias humanitarias básicas, por genéricas que resulten en su formulación, que impone la cláusula Martens.

---

57 ICTY, Case No. IT.94-1-T, *Tadić*, May 1997, para. 618. La traducción es mía.

58 Theodor Meron, "The Martens Clause...", cit., p. 79. Por su parte, Eric David señala que la cláusula Martens, "que enuncia un principio de humanidad", se aplica por igual al Derecho de La Haya y al Derecho de Ginebra (*op. cit.*, p. 269) y alcanza tanto a las relaciones entre Partes beligerantes como a las acciones armadas de un beligerante contra su propia población (pp. 270271).

Por otra parte, los apreciables avances que se produjeron a partir de 1945 en lo tocante a la protección internacional de los derechos humanos no han dejado de repercutir en la valoración de conceptos como los de "consideraciones de humanidad" y "dictados de la conciencia pública", hasta, el punto de que, como señala el juez Weeramantry en su ya citada opinión disidente en el asunto de las armas nucleares, los sucesivos tratados y declaraciones que han ido desarrollando en esta materia las escuetas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, "los cuales en su conjunto forman parte de la conciencia pública de la comunidad internacional, hacen que la violación de los estándares humanitarios se presente hoy como un concepto más desarrollado y definido que en los días en que la cláusula Martens había emergido", de modo que, según el propio juez, "las normas y los estándares sobre derechos humanos están hasta tal punto encastrados en la conciencia global (*global consciousness*), que recorren todos los rincones del Derecho humanitario"[59].

Concebida bajo ese aspecto dinámico, la cláusula Martens, como ha señalado Georges Abi-Saab, evita socavar el estatus de Derecho consuetudinario de aquellos aspectos o cuestiones que no fueron incluidos en los instrumentos codificadores[60], y, en relación con ello, sale al paso del argumento de los Estados contrarios a la ilegalidad de las armas nucleares basado en la proposición de que lo que no le está expresamente prohibido a un Estado le está permitido. "Con los avances tecnológicos —replica a este argumento el juez Weeramantry— seguirán inventándose armas basadas en nuevas aplicaciones de la tecnología, armas diferentes de las anteriormente conocidas. No se necesita esperar a que un tratado condene específicamente una de esas armas si antes puede declararse que [por sus características o el modo en que es empleada] su uso es contrario a los principios del Derecho internacional"[61] ínsitos en la cláusula Martens.

Pero ¿se bastan estos principios, ellos solos, para decretar la ilegalidad del recurso a una de esas armas, o habrá que admitir que dichos principios dependen en su aplicación de la existencia de una regla basada en la práctica de los Estados que establezca una prohibición específica o *ad hoc*?

---

59 Opinión disidente del juez C. G. Weeramantry, citada *supra* en nota 42, III, 6. La traducción es mía.

60 Georges Abi-Saab, "The Specificities of Humanitarian Law", *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles, in Honour of Jean Pictet* (Christophe Swinarski ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1984, pp. 265280; p. 274.

61 Opinión disidente citada, III, 8. En idéntica línea Dieter Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts,* Oxford University Press, 1995, p. 28.

Aquí se refleja esa tensión, calificada de "titánica" por el juez S. M. Schwebel, entre la práctica estatal y el principio jurídico, lo que lleva a dicho juez a advertir que no debe confundirse el Derecho internacional que tenemos con el Derecho internacional que necesitamos[62]. Según Schwebel, cincuenta años de práctica de los Estados —¡dichosa política de disuasión!— no excluye, y en esa medida respalda, la legalidad del recurso a las armas nucleares en ciertas circunstancias, si bien diversos principios de Derecho internacional humanitario que preceden a esa práctica gobiernan el uso de todas las armas, incluidas las nucleares, resultando difícil conciliar el uso —al menos ciertos usos— de tales armas con la aplicación de aquellos principios[63].

Una de cal y otra de arena, pues. Para Schwebel, esa tensión, esa antinomia entre la práctica y el principio no se resuelve dejando de lado aquélla ni dejando de lado éste. Principios como los de proporcionalidad en el grado de fuerza aplicada, distinción entre combatientes y civiles o necesidad de evitar sufrimientos innecesarios a los combatientes se desarrollaron en la era prenuclear, lo que no hace fácil su acomodo al empleo de armamento con las características de las armas nucleares; a lo que hay que añadir el hecho de que las potencias nucleares consiguieron oponerse con éxito a aplicar desarrollos progresivos del Derecho humanitario a ese tipo de armas. "Sin embargo —y esta consideración del propio Schwebel sirve al menos para salvar lo salvable—, sostener que las nuevas invenciones armamentísticas posteriores a la formación de aquellos principios fundamentales no están regidas por esos principios supondría viciar el Derecho internacional humanitario. Y no es creíble que al dar forma a esos principios la comunidad internacional entendió excluir su aplicación a los armamentos inventados con posterioridad. La cláusula Martens implica lo contrario"[64].

En cualquier caso, puede verse en la cláusula Martens una confirmación de la obligación de aplicar las reglas esenciales de protección de los derechos de la persona en una situación de conflicto armado[65]. Así se ha podido decir que la cláusula Martens refuerza el enfoque antropocéntrico del Derecho internacional humanitario, reduciendo a la vez el tradicional énfasis interestatal del Derecho de la guerra y el peso de la reciprocidad, y sirve de poderoso instrumento a los gobiernos y especialmente a las organizaciones no gubernamen-

---

62 Opinión disidente del Vicepresidente S. M. Schwebel incorporada a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre el asunto de la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.

63 *Ibid*.

64 *Ibid*. La traducción es mía.

65 Cfr. Eric David, *op. cit.*, p. 94.

tales para hacer que el Derecho tenga cada vez más en cuenta las exigencias del respeto de los derechos humanos[66].

Esto supone interpretar la cláusula Martens como lo que desde mi punto de vista es: una disposición general, a la vez convencional y consuetudinaria, enunciativa de principios generales de los que a su vez se nutren principios y reglas que gobiernan situaciones específicas en un contexto de confrontación bélica. Ello no implica, no obstante, negar eficacia directa a la cláusula, toda vez que principios y reglas como los de distinción, proporcionalidad, prohibición de ciertos tipos de medios de combate, etc. ya están ínsitos en los genéricos enunciados de la cláusula, de modo que ésta es algo más que una fuente de inspiración de normas, algo más que una mera "idea reguladora" a lo kantiano. En este sentido creo que la cláusula, con su contundencia lógica, se asocia con otras disposiciones convencionales (devenidas asimismo piezas normativas del Derecho internacional general) para aportar unas "garantías fundamentales" de protección humanitaria a todos aquéllos que, como en concreto dice el artículo 75.1 del Protocolo adicional I, "no disfrutan de un trato más favorable en virtud de los Convenios (de Ginebra) o del presente Protocolo". Abstracción hecha de las posturas contradictorias o cínicas de los Estados, diversas disposiciones de dicho Protocolo (entre ellas los artículos 1, 35, 36, 48, 50, 51, 52, 54, 57 y 58) poseen por sí mismas fuerza suficiente para declarar la ilicitud de medios de hacer la guerra tan devastadores como las armas nucleares.

Es verdad, no obstante, que, pese a que la cláusula Martens puede declarar lo que es obvio, no permite, como advierte Theodor Meron, construir castillos en la arena: "Excepto en casos extremos, su referencia a los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública no puede por sí sola deslegitimar armas o métodos de guerra, especialmente en casos discutibles"[67]. Esos principios y dictados han sido de hecho factores que restringen la libertad de los Estados para hacer lo que no está expresamente prohibido por los tratados o la costumbre, pero, como también dice Meron, es dudoso que la cláusula Martens haya tenido alguna influencia en el teatro de las hostilidades —especialmente en conflictos internos cruentos como los de Argelia, el Congo y Sierra Leona—, habida cuenta, *inter alia*, de que los gobiernos no parecen estar aún en condiciones de transformar aquellos genéricos (*broad*) principios y dictados en Derecho vinculante[68]. De ello deduce dicho autor que

---

66 En este sentido, Theodor Meron, "The Martens Clause...", cit., p. 88.
67 *Ibid*.
68 *Ibid*.

pueden alcanzarse mejor prohibiciones adicionales de armas y medios de guerra particularmente objetables aplicando principios generalmente aceptados de Derecho humanitario como los ya citados de distinción, proporcionalidad y prohibición de causar sufrimientos innecesarios, que empujando la cláusula Martens más allá de sus límites razonables[69]. No estoy de acuerdo del todo con esta apreciación, teniendo en cuenta, por un lado, esa vinculación esencial de dichos "principios generalmente aceptados" con los propios postulados de la cláusula, y, por otro, esa necesidad de aplicar la cláusula en situaciones concretas en asociación con aquellas disposiciones convencionales (artículos 35, 48, 51, 75 y otros del Protocolo adicional I) que enuncian principios de protección humanitaria más específicos.

Lo que, en todo caso, es indiscutible es que la cláusula Martens sirve a un propósito humanitario y en este sentido no es redundante o superflua. El principio de humanidad en el que se basa ha tenido, y sigue teniendo, una gran influencia en el desarrollo del Derecho humanitario internacional, y algunas restricciones humanitarias (*humanitarian restraints*) pueden considerarse como acuñaciones del mismo[70]. Por lo demás, la funcionalidad de la cláusula ha sido puesta de manifiesto en casos de la jurisprudencia internacional como el caso *Kupreskić*, en el que, como vimos, el Tribunal para la ex-Yugoslavia echó mano a la cláusula para interpretar ciertas disposiciones convencionales relativas a la conducción de las hostilidades a la luz de las exigencias de humanidad, considerando, en concreto, que la reiterada repetición de ataques que causen daños incidentales a los civiles contradice esas exigencias (idea del "efecto acumulativo").

La cláusula Martens se extiende —queda dicho hasta la saciedad— a todos los ámbitos del Derecho internacional humanitario (prohibición de las represalias, estatuto de los prisioneros, condiciones de la detención, protección especial de ciertas categorías de personas y bienes, etc.), pero es sobre todo en lo que concierne a los métodos y medios de hacer la guerra donde sus potencialidades se hacen notar. Gonzalo Jar Couselo, conspicuo sociólogo preocupado por la aplicación de pautas de justicia en las relaciones sociales, autor de destacados escritos sobre Derecho internacional humanitario, profesor de esta disciplina en los cursos organizados por Cruz Roja Española, centró una buena parte de su actividad científica en distintos aspectos de la regulación de las hostilidades (protección de periodistas en situaciones de conflicto, prohibición de las minas antipersonal y de otros tipos de armas). Sus reflexiones

---

69 *Ibid*.
70 *Loc. cit.*, p. 89.

en este y otros ámbitos del Derecho humanitario quedan reflejadas en publicaciones cuyo hilo conductor es la referencia a esas leyes de humanidad y dictados de la conciencia pública, proclamados en la cláusula Martens. Razón más que suficiente para que, por mi parte, haya elegido este tema como contribución al homenaje al recordado amigo y colega cuya temprana pérdida nos golpeó tan cruelmente a todos cuantos con él convivimos y compartimos inquietudes ético-políticas.

Agua y guerra: La respuesta del Derecho Internacional Humanitario. Protección específica del agua como bien indispensable para la supervivencia de la población civil

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General Consejero Togado
Director del CEDIH de la Cruz Roja Española

"*Mais s'hai anchos rios,*
e mares imensas,
e lagos sin fondo,
e torrentes que arrancan as penas,
de este mundo n-os ámbitos todos
n-hai auguas que laven
manchadas concencias"
(Rosalía de Castro, "*Follas novas*")

[1] Yves Sandoz, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genéve du 12 aût 1949,* CICR, Genéve. 1986. Traducción al español, Plaza & Janés, Bogotá, 2000, pp. 995 y ss..–

I. PÓRTICO

1. El derecho humano al agua

Como afirma C. Fernández Jáuregui[2] el agua es vida y es el recurso único y primigenio, pero al mismo tiempo la vida es agua pues es el componente principal de la materia viva. Ahora bien, el agua es un recurso finito y frágil, por lo que este autor defiende que *"el Derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible para el uso personal y doméstico"*. Por ello, debemos celebrar que el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano básico y urgió que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer este derecho.

F. Aznar[3] sostiene que el agua, al ser un bien escaso, es por tanto conflictivo, máxime si se consideran las alteraciones en su distribución que puede traer el cambio climático[4]. En la actualidad, según datos de UNICEF y OMS, mil cien millones de personas en el mundo (6.100 millones de habitantes) no tienen acceso al agua potable y tres mil millones sufren enfermedades relacionadas con el agua.

Por ello pudo afirmar Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, que *"La fuente principal de guerras y conflictos interestatales en el futuro es el agua"*[5].

En definitiva, si el agua es un recurso indispensable para la supervivencia de la población, podemos entender que el Derecho Internacional Humanitario (en lo sucesivo DIH) le confiera una protección específica en los conflictos armados[6].

---

2 C. Fernández Jáuregui, *"¿Por qué un derecho humano al agua?"*, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la UCM el 10-12-2009 y publicada en www.wasa-gn.net. Ver también, Cruz Roja Española, *Manual del voluntario. Moviéndonos por el ahorro doméstico*, Madrid, 2009.

3 F. Aznar Fernández Montesinos, Tesis Doctoral *"Las nuevas guerras y la Polemología"*, pp. 151 y 152.

4 Para un estudio sobre la escasez del agua como causa de los conflictos armados, ver M Tignino, "Water, international peace, and security", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 879, september, 2010, pp. 649 y ss. Ver también, Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 840, 2000, pp. 887 a 915.

5 J. Margat, "Hacia una nueva cultura del agua", en J. Bindé (coord.), en *"Claves para el siglo XXI"*, ed. Crítica, Barcelona, 2002, p. 128.

6 *"El agua y la guerra. La respuesta del CICR"*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 16-7-2009.

2. La respuesta del derecho internacional humanitario

Ante todo hay que afirmar que la defensa de la dignidad intrínseca de todo ser humano, que integra el núcleo irreductible del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, DDHH), ha presidido el proceso de humanización del Derecho Internacional[7] en el que ha sido decisiva la aportación del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Como ha reiterado un conocido Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad de 15 de noviembre de 1999 (S/1999/957), la población civil es, pese a los esfuerzos de los agentes humanitarios y al desarrollo de las normas internacionales, la principal víctima de los conflictos armados actuales. Y ello no solo por los efectos incidentales de las armas modernas, en muchos casos tan eficaces como indiscriminadas, sino —en buena parte— porque las personas civiles se han convertido en el objetivo mismo de la acción bélica.

Y es indudable que la protección de la población civil guarda estrecha relación con la regulación de los medios y modos de combatir[8], con determinadas prohibiciones como la de causar daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente natural o con la protección del agua como bien indispensable para la supervivencia[9].

Como afirma el Comité Internacional de la Cruz Roja[10] (en lo sucesivo, CICR), desde el 11 de septiembre de 2001, ha cambiado mucho la naturaleza de los conflictos armados y ello plantea nuevos retos a la acción humanitaria para mejorar las condiciones de vida y la dignidad de las víctimas de la guerra.

---

7 M. Pérez González, "El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2007, pp. 30 y ss.

8 J. L. DOMENECH OMEDAS, "Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados. Residuos explosivos de guerra y proliferación de armas ligeras", en *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 311 y ss. Ver también, Pueyo Losa, Jorge, Jorge Urbina, Julio (Coords.), *El Derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, Tórculo Eds. Santiago de Compostela, 2002.

9 Holy See, "*Water, an essential element for live, a contribution of the Delegation of the Holy See on the occasion of the 3º World Water Forum,* Kyoto, march 2003.

10 R. Mardini, "*El agua y la guerra. La respuesta del CICR*", Prefacio, ob. cit., pp. 2 y 3.

Finalmente, en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 2007) se precisaron las mayores amenazas[11] actuales para el DHI y los DDHH de los grupos más vulnerables, entre las que se menciona —en primer lugar— el deterioro ambiental y el cambio climático.

II. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. El nuevo criterio ecológico

1.1. Determinaciones previas

Entre los retos actuales del Derecho Internacional Humanitario[12] figura la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados.

Se ha escrito[13] que es una evidencia decir que la guerra daña en medio ambiente o que las fuerzas de la naturaleza pueden servir como arma poderosa durante la guerra.

La moderna doctrina[14] ha estudiado el medio ambiente como factor polemológico, la interacción entre la destrucción ecológica, las guerras y las consecuencias de la modernización incompleta (U. Beck), así como la relación existente entre medioambiente, empobrecimiento y guerra (Th. Homer-Dixon).

Por ello, el DIH, al lado de las prohibiciones clásicas de causar males superfluos, y sufrimientos innecesarios o daños indiscriminados en la conducción de las hostilidades, establece hoy un nuevo principio: el criterio ecológico.

---

11 CICR, *El Derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*. Informe preparado por el CICR para la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. CICR, Doc. 03/IC/09, 1 de octubre de 2003, 82 pp.

12 N. Quénivet y Sh. Shah-Davis, "Introduction. Chapter 1. Confronting the Challenges of International Law and Armed Conflict in the 21° Century", en *International Law and armed conflict. Challenges in the 21° Century,* T. M. C. Asser Press, 2010, pp. 23 y ss. En la misma obra, vid. Karen Hulme, "A Darker Shade of Green: Is it Time to Ecocentrise the Law of War?", pp. 142 y ss.

13 M. N. Schmitt, "Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict", 22 *YJIL* (1997), pp. 1-7.

14 F. Aznar Fernández Montesinos, Tesis Doctoral *"Las nuevas guerras y la Polemología", ob. cit.,* pp. 323 y ss.

En su conocido estudio, A. Bouvier[15] parte de la normas del Derecho internacional del medio ambiente, que se basan en dos principios fundamentales: a) Los Estados tienen la obligación de no causar daños al medio ambiente situado fuera de su jurisdicción territorial, y b) se establece la obligación de respetar el medio ambiente en general. Ahora bien, en caso de conflicto armado, resulta casi imposible excluir completamente los daños al medio ambiente, por lo que se trata de limitarlos sólo en lo posible.

El CICR[16], después de reconocer la importancia de la protección del medio ambiente durante los conflictos armados (incluidos los no internacionales), estima que el DIH en éste ámbito se ha quedado rezagado[17] y que su desarrollo es indispensable para salvaguardar el bienestar y la subsistencia de las generaciones presentes y futuras.

Entre las normas de DIH que protegen el medio ambiente en caso de conflicto armado, se deben citar dos de directa aplicación: 1º) La Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, de 10 de diciembre de 1976 y 2º) el Protocolo I de 8 de junio 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (en lo sucesivo Protocolo I de 1977).

Añade M. Arrasen[18] las normas que regulan el empleo de algunas otras armas convencionales de efectos inmediatos (municiones explosivas o armas incendiarias) o retardados (minas, trampas o restos de materiales de guerra) y de medios no convencionales (armas bioquímicas o nucleares). A tales efectos es importante la distinción[19] entre la destrucción del medio ambiente como

---

15 A. ***BOUVIER,*** "La protección del medio ambiente en período de conflicto armado", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 108, noviembre-diciembre de 1991, pp. 603-616**.** *Ph. Antoine, "Derecho Internacional Humanitario y protección del medio ambiente",* ***en*** *Revista Internacional de la Cruz Roja*, ***núm. 114 (nov-dic, 1992), pp. 545-567.***

16 CICR: "*Estudio sobre el derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales",* abril, 2010.

17 Algunos autores consideran que el medio ambiente solo está protegido por vagas referencias en caso de conflicto armado (N. Quénivet y Sh. Shah-Davis, "Introduction. Chapter 1. Confronting the Challenges of International Law and Armed Conflict in the 21° Century", ob. cit., p. 23.

18 M. ARRASSEN, *Conduite des hostilités, droit des conflits armés et désarmement* (Conducción de las hostilidades, derecho de los conflictos armados y desarme), Bruylant, Bruselas, 1986.

19 E. T. Jensen, "The International Law of Environmental Warfare: Active and Passive Damage during Armed Conflit", 38 VJTL (2005), pp. 145-154.

consecuencia de la acción bélica (“pasiva”) y el uso del medio ambiente como método de guerra (“activa”).

El Protocolo I de 1977 establece en su artículo 35.3 la prohibición general[20] de emplear *“métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”*.

El artículo 55 del mismo Protocolo, dentro de la protección de la población civil (bienes de carácter civil) dispone que:

1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.
2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.

Se refieren también a esta protección otros artículos del citado Protocolo. Así, el artículo 54 (protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) y el artículo 56 (protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas).

Destaca A. Bouvier[21] las diferencias entre el Protocolo I de 1977 y la Convención de 1976. En el primero se prohíbe el recurso a la guerra ecológica y las condiciones de duración, gravedad y extensión son acumulativas, mientras que en el segundo se proscribe la llamada guerra geofísica (manipulación de los procesos naturales que pueden provocar fenómenos tales como huracanes, maremotos, terremotos, lluvia ó nieve) y basta que concurra en los daños una

---

[20] R. DOMINGUEZ MATÉS, *La protección del Medio Ambiente en el Derecho Internacional Humanitario*, en Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005. DE LA MISMA AUTORA: “NEW WEAPONRY TECHNOLOGIES AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: THEIR CONSEQUENCES ON THE HUMAN BEING AND ENVIRONEMENT”, EN FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (coord.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflits. In Honour ofr Professor Juan Antonio Carrilo-Salcedo,* Ed. Martinues Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005, 366 pp. Ver también, J. C. GONZÁLEZ BARRAL, “LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN CASO DE CONFLICTO ARMADO”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2007.

[21] A. ***BOUVIER,*** “La protección del medio ambiente en período de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, art. cit., p. 616. Ver también, Théo Boutruche, “El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario”, art. cit.

de las condiciones de duración, gravedad o extensión. Daños definidos por E. Rauch[22] como "*aquellos que pueden comprometer durante un periodo prolongado y permanente la supervivencia de la población civil*".

J. de Preux[23] afirma que el medio ambiente natural, al que se refieren las normas humanitarias, es el sistema de interrelaciones indisociables entre los organismos vivos y su entorno inanimado, el equilibrio, permanente o momentáneo, pero relativamente frágil, de fuerzas que se contrapesan mutuamente y que condicionan la vida de los grupos biológicos. Y añade F. Pignatelli[24] que la protección por el DIH se plasma tanto en la interdicción de la *guerra geofísica* como de la *guerra ecológica*. Esta última puede consistir en la grave o importante perturbación, intencional o no, de los equilibrios naturales que permiten la vida y el desarrollo del hombre y de los organismos vivos, perturbación cuyos efectos pueden sentirse durante uno o varios decenios[25].

1.2. Aplicación de los principios del DIH a la protección del medio ambiente natural[26]

El Estudio del CICR sobre "Derecho Internacional Humanitario consuetudinario"[27] (en lo sucesivo DIH Consuetudinario), en su norma 43, establece la aplicación de determinados principios sobre conducción de las hostilidades a la protección del medio ambiente natural.

---

22 E. Rauch, «Texte de discussion sur le Droit de la Guerre Maritime», en *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra,* Tomo XXVI-1-2-3, 1987, pp. 128 y 129. Del mismo autor, "Le Droit contemporain de la guerre maritime. Quelques problémes crées par le Protocole additionnel I de 1977", en *Revue Génerale de Droit International Public,* Tome 89, 1985/4.

23 J. de Preux, "Article 35. Reglas fundamentales", en *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Tomos I y II, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza et Janés Editores Colombia, Santa Fé de Bogotá, 2001, pp. 417 y 418.

24 F. Pignatelli Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 346.

25 J de Preux, «Article 35. Reglas fundamentales», ob. cit., p. 422.

26 Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", art. cit.

27 20. J. M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK (Eds.), *Customary International Humanitarian Law* (2 tomos), CICR y Cambridge University Press, 2005, p 161.

a) El principio de distinción

De acuerdo con el principio de distinción[28] (debe distinguirse entre los objetivos militares y los bienes civiles)[29], ninguna parte del medio ambiente puede ser atacada a menos que sea un objetivo militar.

Diversos Manuales Militares y Declaraciones de los Estados[30] recogen la aplicabilidad del principio de distinción al medio ambiente natural.

b) El principio de imperiosa necesidad militar

El contenido de este principio hace referencia a la prohibición de destruir los bienes de la parte adversa, salvo que lo requiera una necesidad militar imperiosa. La Norma 43.B del DIH Consuetudinario establece esta prohibición y su excepción en relación con el medio ambiente natural.

El Tribunal Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la licitud o ilicitud del empleo o amenaza de las armas nucleares[31], declaró que el respeto del medio ambiente es uno de los elementos que intervienen en la evaluación de si una acción es conforme con el principio de necesidad.

c) El principio de proporcionalidad

Las normas del DIH prohíben lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa prever que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar, concreta y directa, prevista.

---

28 Sobre el principio de distinción, ver J. L. Doménech Omedas, "Limitaciones al empleo de medios…", en *Derecho Internacional Humanitario,* ob. cit pp. 311 y 312.

29 El artículo 52.2 del Protocolo I de 1977 dispone que: "*En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*".

30 J. M. Heckaerts y L. Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ob. cit., p. 162.

31 J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, "El arma nuclear y el Derecho Internacional Humanitario", en *Derecho Internacional Humanitario,* ob. cit., p. 450, 457 y 458. Del mismo autor, "El Dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 71, enero-julio 1998, p. 162.

Según el DIH Consuetudinario[32] este principio es aplicable tanto en los conflictos armados internacionales (CAI) como no internacionales (CANI).

Asimismo, el Manual de San Remo sobre el Derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar[33], de gran importancia para protección del medio ambiente marino, proclama el principio de proporcionalidad.

Por último, el Tribunal Internacional de Justicia[34] en su citada Opinión Consultiva sobre la licitud o ilicitud del empleo o amenaza de las armas nucleares estableció que, cuando evalúen lo que es necesario y proporcionado para alcanzar sus objetivos militares, los Estados deben tener en cuenta la protección del medio ambiente.

d) El principio de precaución

El DIH Consuetudinario[35], en su norma 44, se refiere a los medios y métodos de la acción hostil, en relación con el respeto al medio ambiente. En primer lugar, dispone que en las hostilidades se debe tener en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En los comentarios a esta norma[36] se precisa, con acierto, que el respeto se deriva también del reconocimiento de la necesidad de protección especial del medio ambiente como tal, debido a la concienciación sobre su peligroso deterioro causado por el ser humano.

De acuerdo con la citada Norma 44, el principio de precaución significa que en la conducción de las hostilidades han de tomarse todas las medidas que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. Se añade que la falta de certeza científica

---

32 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ob. cit., pp. 164 y 165.

33 *Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*, junio 1994, publicado en la *Revista Internacional de la Cruz Roja,* nov-dic-1995, Normas 44 y 46.

34 TIJ. *Opinión consultiva de 6 de julio de 1996* sobre "La licitud del recurso a la amenaza o al uso de las armas nucleares". M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional ante las armas nucleares,* Ed. Diego Marín, Murcia, 1999, 184 pp. P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, (Coord.) *"La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados",* en IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario, Sevilla 1997. REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *número especial dedicado al Dictamen Consultivo de la Corte Internacional de Justicia sobre las armas nucleares, nº 139, 1997.* E. del M. GARCÍA RICO, *El uso de las armas nucleares y el Derecho Internacional, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, 191 pp.*

35 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...* ob. cit., pp. 165 y ss.

36 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...* ob. cit., pp. 165 y 166.

acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones.

Los posibles efectos de un ataque sobre el medio ambiente se evalúan en la etapa de planificación por parte del responsable de la conducción de las operaciones militares. Y aquí es donde debe ser respetado el principio de precaución. Comentando este principio, el CICR[37] estimó que el principio de precaución es un principio nuevo pero generalmente reconocido de Derecho Internacional, que tiene por objeto velar para que, cuando existan amenazas y daños graves o irreversibles al medio ambiente natural, no se posponga la adopción de medidas que permitan preverlos a pretexto de falta de certeza científica absoluta.

1.3. Prohibición de causar daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente natural

Como hemos visto, los artículos 35.3 y 55.1 del Protocolo I de 1977 disponen la prohibición del empleo de medios o métodos de guerra concebidos para causar (o de los que quepa prever que causen) daños graves, duraderos y extensos al medio ambiente natural. Esta prohibición es recogida por la Norma 45 del DIH Consuetudinario, que añade: *"La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma"*. Sin embargo hay que señalar que Estados Unidos de América se proclamó "objetor persistente" de la primera parte de esta norma[38]. Por otra parte, Francia y el Reino Unido son objetores persistentes a la aplicación de esta regla al empleo de las armas nucleares. Sin embargo, como se destaca en el comentario al DIH Consuetudinario[39], la práctica de los Estados (Manuales Militares, Legislación penal y Declaraciones oficiales) nos permite afirmar el carácter consuetudinario de esta Norma.

---

37 Informe presentado por el CICR a la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, CICR, 1993.

38 Ver la postura de EEUU en J. B. Bellinger III y W. J. Haynes, "Una respuesta del Gobierno de EEUU al estudio El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario", *en Revista Internacional de la Cruz Roja,* junio 2007, núm. 866, p. 444. En el mismo número ver la respuesta de J. M. Henkaerts.

39 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International,* ob. cit., pp. 171 y 172.

2. *La protección penal del medio ambiente natural*

2.1. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de la Corte Penal Internacional[40] (en lo sucesivo Estatuto de Roma) tipifica en el artículo 8.2).b. iv como crimen de guerra, aplicable en los conflictos armados internacionales, los ataques que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista. No hay previsión penal similar para tales ataques cometidos en el curso de un conflicto armado sin carácter internacional.

Este precepto ha sido criticado por R. Domínguez Matés[41] aduciendo, con razón, que no protege directamente el medio ambiente, por lo que la previsión penal es insuficiente. Realmente, en mi opinión, lo que hace el tipo penal es incriminar la violación del principio de proporcionalidad en relación con la causación de daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, en las situaciones de conflicto armado. Por tanto no se trata de proteger al medio ambiente como tal, sino como bien civil frente a las necesidades de la guerra.

En el DIH, convencional o consuetudinario, el medio ambiente natural no goza de inmunidad absoluta frente a las operaciones militares, sino que lo que se prohíbe es la utilización de medios o métodos de hostilizar concebidos para causar (o que quepa prever que causen) daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente. Por tanto, no están vedadas por el DIH aquellas formas de la acción hostil que causen daños al medio ambiente sin alcanzar la entidad de extensos, duraderos y graves.

Ahora bien, para incriminar esta conducta como delito de la competencia de la Corte no basta que los daños sean extensos, duraderos y graves, sino que se exige asimismo que sean manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar. Cabe señalar que el artículo 51.5. b) del Protocolo I de 1977 considera indiscriminados los ataques "excesivos", pero no emplea la expresión "manifiestamente excesivos", que sin embargo utiliza el Estatuto de Roma para incriminarlos.

---

40 W. J. Fenrick, "War crimes", en O. TRIFFTERER (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 197. F. Pignatelli Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal,* ob. cit., p. 344.

41 R. Domínguez Matés, *La protección del Medio Ambiente en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 464-467 y 479.

2.2. El Código penal español

El Código penal castiga en su artículo 610, dentro del capítulo III (Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) del Título XXIV (Delitos contra la Comunidad internacional), el empleo de medios o métodos que puedan dañar el medio ambiente natural, comprometiendo la salud o supervivencia de la población.

Escribe F. Pignatelli[42] que la referencia a estos medios o métodos de combate que dañan el medio ambiente comprende las armas geofísicas, la guerra ecológica (empleo masivo de armas clásicas), la guerra geofísica (el Convenio ENMOD de 10 de diciembre de 1979, prohíbe utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles) o el recurso a armas químicas o incendiarias.

Añade este autor[43] que la consumación de este delito requiere que concurran, acumulativamente, como elementos objetivos del tipo penal los siguientes:

1º Han de producirse, acumulativa o simultáneamente, daños extensos (por ejemplo, abarcando una región de cientos de kilómetros cuadrados), duraderos (que se prologuen en el tiempo durante decenios) y graves (que, por su seriedad o entidad, entrañen un perjuicio o perturbación importante o trascendental para el medio ambiente natural)[44].

2º Se debe comprometer o poner en riesgo la salud o la supervivencia de la población (civil), que es el bien jurídico protegido.

III. LA PROTECCIÓN DEL AGUA COMO BIEN INDISPENSABLE PARA LA SUPERVIVENCIA DE LA POBLACIÓN CIVIL

1. Introducción

La reciente doctrina[45] destaca varias ideas básicas: que la distribución del agua en el planeta no es uniforme, que se dispone en el mundo de agua sufi-

---

42 F. Pignatelli Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*, ob. cit., p. 347.

43 F. Pignatelli Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*, ob. cit., p. 348.

44 J. C. González Barral, "La protección del medio ambiente en caso de conflicto armado", en *Derecho Internacional Humanitario",* ob. cit., pp. 471 y ss.

45 C. Fernández Jáuregui, *"¿Por qué un derecho humano al agua?",* conferencia cit.

ciente para todos sus habitantes, que existe una gran escasez de infraestructuras para la gestión racional del agua en el mundo en desarrollo y que los países pobres pagan más por el agua segura, concluyendo que la concepción del agua como derecho humano es una gran herramienta para garantizar el acceso al agua de todos los seres humanos a través de normas legales.

Acaso por estas razones, la humanidad ha tratado siempre de regular el uso del agua, fuente de vida pero también de riesgos y de conflictos armados[46], mediante normas jurídicas cuya abundancia en tiempo de paz contrasta con la escasez de instrumentos jurídicos (internacionales y nacionales) en caso de conflicto armado. No solamente existen pocas disposiciones expresas, sino que aparecen tardíamente en el ámbito del DIH.

Ahora bien, como observa C. Fernández-Jáuregui[47], teniendo una legislación que capacite a los poderes judiciales y a los ciudadanos para corregir cualquier proyecto que niegue el acceso universal al agua potable y al saneamiento básico, lograremos que los avances tomen el rumbo adecuado y esto solo se consigue considerando el agua como un derecho humano.

La experiencia secular del CICR[48] le hizo mantener siempre la preocupación por la incidencia de los conflictos armados en la disponibilidad de agua y, particularmente, en la posible destrucción de las reservas de agua e infraestructuras civiles, en el acceso al agua como causa de conflicto, en la producción de daños deliberados para obtener una ventaja militar y en la gran incidencia del agua (o de su escasez) para la salud.

Teniendo en cuenta que, en circunstancias de normalidad, el agua es indispensable para toda actividad humana, pueden calcularse los nefastos efectos de su falta o escasez para la población civil (y su supervivencia) en situaciones de conflicto armado, lo que convierte su manipulación en la más mortífera de las armas.

---

46 Ameur Zammali, "Protección del agua en periodo de conflicto armado", en *Revista Internacional de la Cruz Roja,* sep-oct. 1995, núm. 131, pp. 600 y ss. Ver también, Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", art. cit. Más recientemente y en la misma revista, M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., pp. 649 y ss.

47 Entrevista con C. Fernández-Jáuregui en la Revista "Aqua Vitae", julio, 2010, p. 30.

48 Ver documento del CICR *"L'eau dans les conflits armés"*. Ëdition Spéciale, novembre, 1994.

2. La protección del agua por el derecho internacional humanitario

2.1. Consideraciones generales

El estudio de la evolución de los conflictos armados nos proporciona numerosos ejemplos de la utilización del agua con fines militares (ofensivos o defensivos) como antigua estrategia o técnica en los asedios o sitios de las ciudades.

Ahora bien, el Derecho Internacional protege el agua con normas propias del derecho aplicable en situaciones de paz o normalidad y el DIH se limita a proteger a las personas y bienes civiles, por lo que no contiene una regulación general del agua para los casos de conflictos armados, distinta de la protección que garantiza a las víctimas de la guerra.

Por otra parte, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha sido sensible a estos problemas y ha incluido medidas protectoras en los Planes de Acción aprobados en la XXVI y XXX Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebradas en Ginebra en los años 1995 y 2007.

Pero no puede hablarse de lagunas legales. El DIH prohíbe algunas operaciones bélicas que pueden alterar el agua y producir sufrimientos humanos a gran escala. Y protege convencionalmente (Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales) las instalaciones y reservas de agua potable y obras de riego indispensables para la supervivencia de la población civil.

De acuerdo con la sistemática de A. Zemmali[49], estudiaremos dos aspectos concretos del DIH relacionados con la protección del agua en los conflictos armados: 1º La prohibición de determinadas armas o métodos de conducción de la acción hostil. 2º La protección del agua por el DIH, como bien indispensable para las personas protegidas.

---

49 A. Zemmali, "Protección del agua en periodo de conflicto armado", art. cit., p. 602.

2.2. Prohibición de determinadas armas o métodos de conducción de la acción hostil

Los conflictos armados provocan, observa el CICR[50], la degradación o destrucción de partes del medio ambiente natural, en particular de los sistemas de abastecimiento de agua y ecosistemas enteros[51].

El agua es, en principio, un bien civil y un elemento indisociable[52] del medio ambiente natural, que nos aporta normas de protección indirecta a las que se suman la protección directa que proporcionan las reglas convencionales o consuetudinarias del DIH.

En consecuencia, estudiaremos a continuación las siguientes prohibiciones concretas, fundamentales y directas, como la proscripción del veneno o armas envenenadas, la prohibición de destruir la propiedad privada de la parte adversa o los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, así como la de atacar las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y la de emplear armas incendiarias.

a) La prohibición del empleo del veneno o armas envenenadas

El DIH Consuetudinario[53], en su Norma 72, dispone que queda prohibido el empleo del veneno y de armas envenenadas, regla que se considera aplicable en los conflictos armados internacionales (CAI) o sin carácter internacional (CANI).

La antigüedad de esta norma consuetudinaria queda patente en algunos textos clásicos del DIH, como el Código Lieber de 1863 y el artículo 23, apartado a) del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907). Se debe precisar que es una prohibición autónoma y distinta de la proscripción de las armas químicas contenida en el Protocolo de Ginebra de 1925.

En la citada Opinión Consultiva sobre las armas nucleares, el Tribunal Internacional de Justicia definió los términos *"veneno y armas envenenadas"* en su sentido ordinario como armas cuyo efecto principal o exclusivo es *"envenenar o asfixiar"*. En este sentido, Estados Unidos y el Reino Unido declararon

---

50 *"Estudio sobre el derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales"*, CICR, 2010, cit.

51 M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., pp. 658 y 659.

52 A. Zemmali, "Protección del agua en periodo de conflicto armado", art. cit., p. 602.

53 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...*, ob. cit., p. 281.

ante este Tribunal que la prohibición no se aplica a las armas que pueden envenenar incidentalmente, sino a las diseñadas para matar o herir por efecto del veneno, acudiendo a un mecanismo lesivo intencional.

El artículo 8.2. b) del Estatuto de Roma incrimina el uso del veneno o de armas envenenadas en los conflictos armados internacionales, pero no contemplaba este delito para los conflictos armados sin carácter internacional. En este sentido hay que señalar que el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española[54] propuso la incriminación del uso de veneno en los conflictos armados internos.

Y en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (Kampala, Uganda, mayo-junio de 2010) se aprobó, por consenso (el 11 de junio de 2010), la Resolución 5 que enmienda el apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto, añadiendo el inciso xiii, para incriminar la utilización del veneno o armas envenenadas como crimen de guerra en los conflictos armados no internacionales[55]. En los Elementos de los Crímenes, también aprobados en Kampala, correspondientes a este delito se exige, entre otros requisitos, que se haya empleado una sustancia (venenosa) o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso. Y que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas.

Por otra parte, diversos Manuales Militares, la legislación penal de muchos Estados y sus Declaraciones oficiales confirman el carácter consuetudinario[56] de esta prohibición. Aunque no existe práctica reciente sobre el empleo de veneno en los conflictos armados actuales, generalmente se considera como una utilización *"inhumana"* o *"indiscriminada"*.

En las guerras más antiguas se ha condenado la práctica de envenenar el agua de la parte adversa o el envenenamiento de pozos y redes de abastecimiento de agua. Y así el Derecho islámico prohíbe explícitamente envenenar el agua.

---

54 Ver www.cruzroja.es/dih. Se publica la propuesta del CEDIH.

55 Ver en www.icc-cpi.org las Resoluciones de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala (Uganda). En particular la Resolución 5 "Enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma", aprobada por consenso el 10 de junio de 2010.

56 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...,* ob. cit., pp. 281 y 282.

b) La prohibición de destruir las propiedades privadas de la parte adversa

El Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo al IV Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907), en su artículo 23, g), establece el principio de inmunidad de los bienes civiles del enemigo, al prohibir apoderarse o destruir las propiedades enemigas excepto en el caso de que esta destrucción sea reclamada imperiosamente por las necesidades de la guerra. Naturalmente, como afirma la doctrina[57] el agua puede ser de propiedad pública y privada y, en ambos casos, está protegida, salvo caso de imperiosa necesidad militar.

Asimismo, el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra de 1949 (en lo sucesivo Convenios de Ginebra) considera infracción grave (crimen de guerra) la destrucción o apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario[58]. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Blaskic, interpretó en función de los hechos el concepto de "destrucción a gran escala" (basta la destrucción de un hospital), necesario para integrar un crimen de guerra.

El DIH Consuetudinario[59], en su Norma 50, dispone que queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa. La citada Norma es aplicable también en los conflictos armados sin carácter internacional.

Además, el artículo 8.2.b), xiii del Estatuto de Roma[60] castiga como crimen de la competencia de la Corte, en el ámbito de los conflictos armados internacionales, la conducta consistente en destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

No faltan Estados, entre ellos España, que han asumido esta norma en sus Manuales Militares y han tipificado como delito esta conducta (artículo 613 del Código penal español, modificado por LO 5/2010).

---

57 A. Zemmali "Protección del agua en periodo de conflicto armado", art. cit., p. 603. Ver también, Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", art. cit.

58 Pignatelli, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*, ob. cit., pp. 561 y ss.

59 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...,* ob. cit., pp. 196 y ss.

60 A. Zimmermann, "War crimes", en O. Trifterer (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., pp. 227-232.

En caso de conflicto armado es especialmente relevante, por lo que se refiere a los territorios ocupados[61], la regla de la inmunidad de los bienes civiles, entre los que se encuentra el agua. Así, la Norma 51, apartado c), del DIH Consuetudinario[62] determina que en los territorios ocupados los bienes privados deben respetarse y no pueden confiscarse, a no ser que una necesidad militar imperiosa exija la destrucción o confiscación de esos bienes. La norma se aplica únicamente a los conflictos armados internacionales ya que en los internos no se puede contemplar la figura jurídica de la ocupación bélica, que significa por definición la ocupación de un territorio extranjero (ningún Gobierno "ocupa" su propio territorio)[63].

En el caso de la actuación de Israel en los territorios palestinos ocupados (según la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia[64] sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, de 9 de julio de 2004), se pueden citar las opiniones de Mary Robinson y de Louise Arbour (ambas desempeñando el cargo de Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los DDHH), que consideraron que el bloqueo de la franja de Gaza violaba el DIH y la prohibición de infligir castigos colectivos a la población civil, contenida en el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949.

c) *La prohibición de destruir los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil*

i) La prohibición convencional por el Derecho Internacional Humanitario

El artículo 54.2 del Protocolo I de 1977, aplicable en los conflictos armados internacionales, prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y, entre otros, parti-

---

61 M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., pp. 662 a 666.

62 A. Corrales, "La ocupación bélica", en *Derecho Internacional Humanitar,* ob. cit., pp. 287 y ss., J. M. Henckaerts, y L. Doswald-Beck, *Customary International...,* ob. cit., p. 198.

63 A. Corrales, "La ocupación bélica", en *Derecho Internacional Humanitario,* ob. cit., pp. 288 y 289. En la misma obra, J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, "Ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Delimitación de los conflictos armados", pp. 159 y 160.

64 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* Advisory Opinion. Vid. Rosalyn Higgins, "The New Challenges and the Role of the International Court of Justice", en *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflits, In honour of Professor Juan A. Carrillo Salcedo,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 255 y ss.

cularmente las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego[65]. Se trata de la norma de DIH que protege de forma más directa y explícita el agua en los conflictos armados.

En el ámbito de los conflictos armados sin carácter internacional es aplicable el artículo 14 del Protocolo II de 1977, que protege igualmente las instalaciones y reservas de agua potable así como las obras de riego. Para la doctrina[66], la conducta prohibida incluye la contaminación del agua con agentes químicos o biológicos.

Según las normas del DIH, cesa la inmunidad de los mencionados bienes indispensables cuando son utilizados para el uso exclusivo de los miembros de las fuerzas armadas de la parte adversa en apoyo directo a la acción militar. Sin embargo, incluso en estas circunstancias los combatientes no pueden conducir la acción hostil de forma que priven de agua potable a la población civil.

Las instalaciones de agua potable y las obras de riego no pueden ser objeto de represalias en los conflictos armados internacionales, siendo criticable que una norma similar no sea aplicable convencionalmente a los conflictos armados internos.

ii) El concepto de "bienes indispensables para la supervivencia de la población civil"

El artículo 54.2 del Protocolo I de 1977 (así como el artículo 14 del Protocolo II) señalan ejemplos bien ilustrativos de los bienes que se consideran indispensables para la supervivencia de la población civil. Son estos: los artículos alimenticios, las zonas agrícolas, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

Al utilizar la norma convencional la frase "*tales como...*" nos indica claramente que esta lista de ejemplos no es exhaustiva, sino meramente indicati-

---

[65] Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", art. cit. Ver también, M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., pp. 658 a 660.

[66] C. Pilloud y J. de Preux, comentario al "Artículo 54", en *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...*, ob. cit., pp. 913 y ss. A. Zemmali, "Protección del agua en periodo de conflicto armado", art. cit., p. 604.

va[67]. Y ello se desprende del argumento siguiente empleado por la doctrina[68]. Si la prohibición a que aludimos se deriva de la proscripción más general de hacer padecer hambre[69] a la población civil (que puede causar muertes por privación de alimentos y de agua potable), se debe extender al abastecimiento insuficiente de agua (como bien de primera necesidad) y de otros productos necesarios para la supervivencia, como los medicamentos y otros productos sanitarios, los víveres, las mantas o ropa de abrigo o vestir, la ropa de cama y el alojamiento.

iii) La norma consuetudinaria

El DIH Consuetudinario[70] (Norma 54) establece que *"queda prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil"*. Esta regla, que es consecuencia directa de la prohibición de hacer pasar hambre (o sed) a la población civil, es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales.

Requisito necesario es la concurrencia de la intencionalidad en la conducta que se proscribe. Así, el CICR[71] ha estimado que la intención del ataque debe ser privar de esos bienes (indispensables) a la población civil, justamente por su valor como medios de subsistencia. Y según la Declaración de Francia y el Reino Unido, al ratificar los citados Protocolos Adicionales de 1977, la prohibición no se aplica a los ataques lanzados con un fin distinto al de privar de esos bienes a la población civil.

El carácter consuetudinario de la mencionada norma se basa en el texto de numerosos Manuales Militares[72] y legislaciones nacionales, que ratifican esta práctica de los Estados.

---

67 Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", art. cit. Ver también, M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., p. 659.

68 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...*, ob. cit., p. 215.

69 P. Macalister-Smith, "La protección de la población civil y la prohibición de utilizar el hambre como método de guerra", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 107, sept.-oct. 1991, pp. 468 y ss.

70 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...*, ob. cit., p. 211.

71 C. Pilloud y J. de Preux, comentario al "Artículo 54", en *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...*, ob. cit., pp. 916-918.

72 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...*, ob. cit., pp. 211 y ss.

iv) Las excepciones a la prohibición general

Se establecen (art. 54 del Protocolo I de 1977) dos excepciones a la prohibición general. El Protocolo II guarda silencio sobre esta cuestión. Resalta M. Tignino[73] la diferencia entre las normas del DIH aplicables en los conflictos internacionales y en los no internacionales, pues en éstos últimos la prohibición no admite excepciones.

Conforme a la primera excepción convencional, es posible atacar a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, si se convierten en objetivo militar. Como es el caso de los bienes utilizados únicamente como medio de subsistencia para los combatientes o en apoyo directo a una acción militar (artículo 54.3 del citado Protocolo I).

Sin embargo, esta excepción tiene, a su vez, la limitación de que se prohíbe con carácter general hacer pasar hambre (y sed) a la población civil[74] y ello comporta que está vetado el ataque a los referidos bienes si cabe esperar que la consecuencia del ataque sea que la población civil resulte afectada por la hambruna.

También tiene base convencional la segunda excepción (artículo 54.5 del mencionado Protocolo I), que hace referencia a la práctica o política de *"tierra arrasada"*, que se ha aplicado tradicionalmente en el territorio nacional ante una invasión extranjera. Así, el citado precepto dispone esta excepción, habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, siempre que lo exija una necesidad militar imperiosa.

Esta excepción convencional y consuetudinaria se reconoce como práctica estatal en diversos Manuales Militares y Declaraciones oficiales.

Ahora bien, se han expresado dudas[75] sobre si la excepción fundada en la política de *"tierra arrasada"* puede ser aplicada en el ámbito de los conflictos armados sin carácter internacional, al guardar silencio la norma convencional (Protocolo II Adicional de 1977). Sin embargo, como expresión de una práctica estatal, hay que dejar constancia que en el Manual Básico para Personerías y Fuerzas Armadas de la República de Colombia se prohíbe ordenar una política de tierra arrasada como método de combate en todo conflicto armado.

---

73 M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., p. 659.

74 P. Macalister-Smith, "La protección de la población civil y la prohibición de utilizar el hambre como método de guerra", en *Revista Internacional de la Cruz Roja,* art. cit., p. 471.

75 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...,* ob. cit., pp. 214 y 215.

No obstante, como indica la doctrina[76], la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra es válida en todas las circunstancias.

v) La incriminación de esta conducta

El Estatuto de Roma en su artículo 8.2.b) xxv tipifica como crimen de guerra[77] de la competencia de la Corte, la conducta consistente en hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia.

Por otra parte, diversas legislaciones penales internas de los Estados castigan como crimen de guerra el hecho de atacar a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Entre ellos, el Código penal español[78] tipifica esta conducta en su artículo 613, con la siguiente redacción: "*Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas*". Norma no modificada por la LO 5/2010.

d) La protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

i) Las normas convencionales

El Protocolo I de 1977 (art. 56) y el Protocolo II (art. 15) establecen la prohibición de atacar obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y esta limitación persiste, aunque se trate de objetivos militares, si tales ataques pueden producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar pérdidas importantes en la población civil. La norma convencional se refiere a las presas,

---

[76] P. Macalister-Smith, "La protección de la población civil y la prohibición de utilizar el hambre como método de guerra", en *Revista Internacional de la Cruz Roja,* art. cit., p. 472.

[77] M. Cottier, "War crimes", en O. TRIFFTERER (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, ob. cit., pp. 254-259.

[78] F. Pignatelli Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal,* ob. cit., pp. 572 a 580.

diques y centrales nucleares de energía eléctrica y el fundamento es el peligro que su destrucción puede causar a la población civil[79].

Sin embargo, como la experiencia nos enseña que estas destrucciones pueden tener importancia decisiva[80] en un conflicto armado, el precepto añade que cesa la protección cuando estas instalaciones se usen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y siempre que los ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

Los beligerantes deben adoptar, en todo caso, las medidas necesarias (respetando el principio de precaución y el de proporcionalidad) para garantizar la protección de la población civil (artículo 56.3 del citado Protocolo I) y, por otra parte, las referidas instalaciones no pueden ser objeto de represalias (apartado 4 de la misma norma).

ii) El ámbito de la protección

En las citadas normas humanitarias se establecen dos ámbitos en la protección. El primero son las presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica (artículo 56 del Protocolo I y artículo 15 del Protocolo II), que fueron aprobados por consenso en la Conferencia Diplomática de 1974-1977. No se incluyeron otros tipos de obras o instalaciones que también podrían contener fuerzas peligrosas, por lo que en principio se consideró esta relación como un "*numerus clausus*".

Ahora bien, teniendo en cuenta la práctica de los Estados, se ha afirmado desde la óptica del DIH Consuetudinario[81] que se podría aplicar esta prohibición a la destrucción de otras instalaciones como las plantas químicas o las refinerías de petróleo. En el campo del DIH aplicable a los conflictos armados en la mar se ha planteado la licitud o ilicitud de la destrucción en la Zona Económica Exclusiva de un convoy de superpetroleros enemigos, que constituye un objetivo militar, en relación con la obligación de preservar los recursos naturales del medio marino sobre los que ejerce soberanía el Estado ribereño.

---

79 Théo Boutruche, "El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario", art. cit. Ver también, M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., pp. 660 a 662.

80 C. Pilloud y J. de Preux, comentario al "Artículo 56", en *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949...,* ob. cit., pp. 929 y ss. A. Zemmali, "Protección del agua en periodo de conflicto armado", art. cit., p. 605.

81 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International...,* ob. cit., p. 158.

El otro ámbito de protección está constituido por aquellos objetivos militares ubicados precisamente dentro de las instalaciones protegidas (presas, diques o centrales nucleares de energía eléctrica) o en sus proximidades (apartado 1 del artículo 56 del Protocolo I citado). En este caso, los objetivos militares no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.

iii) Las normas del DIH Consuetudinario

El DIH Consuetudinario, en su Norma 42, dispone que se pondrá especial cuidado al atacar obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas (presas, diques o centrales nucleares de energía eléctrica), así como otras instalaciones situadas en ellas o en sus proximidades, a fin de evitar la liberación de esas fuerzas y las consiguientes pérdidas importantes entre la población civil. Se aplica esta regla tanto en los conflictos armados internacionales como en los que no tienen carácter internacional.

El punto de partida es, indudablemente, el respeto del deber de inmunidad frente a los ataques directos si se trata de bienes civiles, por lo que la norma que impone el deber de *"especial cuidado"* se refiere fundamentalmente al ataque cuando esas instalaciones son objetivos militares o existen objetivos militares en su interior o en sus proximidades.

Los redactores de la mencionada norma consuetudinaria[82] destacan que los Estados conocen el elevado riesgo de pérdidas incidentales por el ataque a estas obras e instalaciones cuando son objetivos militares y así reconocen frecuentemente en sus Manuales Militares el peligro inherente a tales ataques, así como la mencionada obligación de especial cuidado, adoptando todas las precauciones necesarias.

iv) La incriminación de esta conducta

El Protocolo I de 1977 en su artículo 85.3.c) considera violación grave del DIH (crimen de guerra) el hecho de lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas de que causará muertes o heridos entra la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

---

[82] J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International...*, ob. cit., p. 155.

Conducta que algunos Estados tipifican como delictiva en su legislación penal, como hace el Código penal español en su artículo 613.

e) La utilización de armas incendiarias: Prohibiciones y limitaciones

En el DIH Consuetudinario, la Norma 43 (que se refiere a la protección del medio ambiente natural) cita el Protocolo III de la Convención de 1980, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados, relativo a las armas incendiarias (artículo 2, párrafo cuarto), como expresión del principio de distinción y reflejo de la prohibición de atacar a cualquier parte del medio ambiente.

Esta norma convencional, como hemos expuesto anteriormente, prohíbe atacar con armas incendiarias los bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando estos elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares.

2.3. El agua como elemento indispensable para la vida de las personas protegidas

a) Protección de los heridos, enfermos, náufragos, personal y unidades sanitarias

Como afirma el CICR *"En tiempo de conflicto, el acceso al agua potable es fundamental para prevenir las enfermedades y las epidemias*[83]. Para A. Zemmali[84] el objetivo del DIH es garantizar las condiciones mínimas de una vida normal a las personas que se supone debe proteger. Y el trato humano está integrado, sin duda, por la satisfacción de las necesidades elementales del ser humano, como lo es el agua.

Sin el empleo del agua no se puede concebir el socorro y la asistencia sanitaria a los heridos, enfermos y náufragos, protegidos el I y II Convenios de Ginebra. Lógicamente estas normas convencionales también protegen al personal y medios sanitarios. Sin duda el personal médico y demás personal sanitario necesita agua para desempeñar su labor asistencial y para sus pro-

---

83 *"El agua y la guerra. La respuesta del CICR",* Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 8.

84 A. Zemmali, "Protección del agua en periodo de conflicto armado", art. cit., p. 606.

pias necesidades, en tiempo de conflicto armado. Por lo que se refiere a los equipos e instalaciones sanitarias (hospitales) el suministro de agua es vital para la atención de los pacientes, el mantenimiento de los equipos y las necesidades de higiene.

Conforme al artículo 12 del I y II Convenios de Ginebra, la asistencia sanitaria a la que tienen derecho los heridos, enfermos u náufragos miembros de las fuerzas armadas (y demás personas protegidas) comprende naturalmente el suministro de agua necesario para prestar tal asistencia humanitaria.

En consecuencia, la aportación de agua, su suministro y conducciones con el fin asistencial previsto en los citados Convenios de Ginebra, están protegidos como material de las unidades móviles o fijas (establecimientos sanitarios) por tales normas convencionales.

b) Personas detenidas en poder de la parte adversa[85]

Durante los conflictos, son esenciales las condiciones materiales de detención (entre ellas, el acceso al agua para beber o asearse), por lo altos riesgos de epidemias debidos al hacinamiento[86]. Mª T. Quintela[87] analiza con acierto las disposiciones del DIH para la protección de las víctimas de los conflictos armados y, en particular, el derecho de acceso al agua para los prisioneros de guerra y la población civil.

Por lo que se refiere al trato debido a los prisioneros de guerra, el artículo 20.2 del III Convenio de Ginebra dispone que en la evacuación (desde el lugar de captura hasta los campamentos situados lejos de la zona de combate) la Potencia detenedora debe proporcionar a los prisioneros de guerra evacuados agua potable y alimentos en cantidad suficiente, ropa y la necesaria asistencia médica.

En cuanto a la alimentación en los Campos de Internamiento de prisioneros de guerra, el artículo 26 del citado Convenio obliga a la Potencia detenedora a suministrarles "*suficiente agua potable*".

---

[85] M. Tignino, "Water, international peace, and security", art. cit., p. 658.

[86] "*El agua y la guerra. La respuesta del CICR*", Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 14.

[87] Mª T. Quintela, "El derecho humano al agua", estudio pendiente de publicación en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Ver en particular el capítulo dedicado al "Derecho de acceso al agua y el Derecho Internacional Humanitario".

El artículo 29 del mismo Convenio, en relación con las medidas de higiene necesarias para garantizar la limpieza y prevenir las epidemias en los aludidos Campos de Internamiento, determina que se proporcionará a los prisioneros de guerra (además y sin perjuicio de los baños y de las duchas que debe haber en los campamentos) agua y jabón en cantidad suficiente para el aseo corporal diario y para lavar la ropa.

En el caso de traslado de los prisioneros de guerra, el artículo 46, párrafo tercero, del III Convenio de Ginebra dispone que la Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros agua potable y alimentos suficientes para mantenerlos en buen estado de salud, así como la ropa, el alojamiento y la asistencia médica que necesiten.

El IV Convenio de Ginebra, que protege a las personas civiles en tiempo de guerra, dispone en su artículo 89 que, en los lugares de internamiento, se garantizará a los internados civiles suficiente agua potable.

Asimismo el artículo 127.2 del citado IV Convenio establece que la Potencia detenedora, en el caso de traslado de personas civiles internadas, les proporcionará agua potable y alimentos en cantidad, calidad y variedad suficientes para mantenerlos en buen estado de salud y la asistencia médica necesaria.

Finalmente, en los desplazamientos masivos de población, originados por los conflictos armados, es necesaria la construcción o rehabilitación de puntos de distribución de agua en los campamentos. Labor que realiza el CICR de forma habitual[88].

3. *La protección civil en los conflictos armados y el estatuto de los protectores*

3.1. Los servicios de protección civil en los conflictos armados[89]

A pesar de su importancia en la segunda guerra mundial, los Convenios de Ginebra regularon escasos aspectos (personas encargadas de la supervivencia de la población civil en territorio ocupado) de la protección civil en los con-

---

88 *"El agua y la guerra. La respuesta del CICR",* Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 12.

89 Yves Sandoz, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genéve du 12 aût 1949,* CICR, Genéve. 1986. Traducción al español, Plaza & Janés, Bogotá, 2000, pp. 995 y ss.

flictos armados[90]. El DIH contiene las normas que determinan el estatuto de los Servicios de Protección Civil en caso de conflicto armado[91], establecidas en los artículos 61 a 67 del Protocolo I de 1997. Justamente el artículo 61, i) del citado Protocolo define la protección civil como el cumplimiento de las tareas humanitarias que menciona, destinadas a proteger a la población civil contra los peligros de las hostilidades y de las catástrofes y ayudarla a recuperarse de su efectos inmediatos, así como a facilitar las condiciones necesarias para su supervivencia. El ejemplo más claro es el suministro y distribución de agua potable, así como la reparación de las infraestructuras de agua dañadas, como bienes esenciales para la supervivencia[92].

Ahora bien, debemos destacar que estas normas protectoras son insuficientes si no se respetan las reglas sobre la conducción de las hostilidades[93], porque la protección civil según el DIH forma parte del cuadro general de principios (distinción, proporcionalidad y precaución) que hay que adoptar ‘para proteger a la población civil contra los efectos de los ataques.

3.2. Las acciones de protección civil

El citado artículo 61 del Protocolo I de 1977 establece una lista cerrada de las acciones de protección civil (acciones de protección de la población civil contra los peligros de las hostilidades[94]) que son las siguientes: Servicio de alarma, evacuación, habilitación y organización de refugios, aplicación de medidas de oscurecimiento, salvamento, servicios sanitarios, lucha contra incendios, detección y señalamiento de zonas peligrosas, descontaminación y medidas sanitarias de protección, provisión de alojamientos y abastecimiento de urgencia, ayuda en caso de urgencia para el restablecimiento y el mantenimiento del orden en las zonas damnificadas, medidas de urgencia para el restablecimiento de los servicios públicos indispensables, servicios funerarios de urgencia, asistencia para la preservación de los bienes esenciales para la

---

90 J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, “La protección civil en los conflictos armados”, en *Revista Dereito, Universidad de Santiago de Compostela,* Vol. 6, nº 1, 1997, p. 152.

91 S. Jeanet, “La protección civil de 1977 a 1997: del derecho a la práctica”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja,* núm. 148, diciembre de 1998, pp. 771 a 780.

92 Théo Boutruche, “El estatuto del agua en el derecho internacional humanitario”, art. cit.

93 Yves Sandoz, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genéve du 12 aût 1949,* Traducción al español, ob. cit., p. 999.

94 J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, “La participación de las Fuerzas Armadas en acciones de protección civil, en caso de conflicto armado”, ponencia presentada en el I Congreso Mundial sobre protección integral de ciudades frente al fuego y otros riesgos”, Toledo, 2 a 6 de junio de 1997.

supervivencia y actividades complementarias necesarias para el desempeño de una cualquiera de las tareas mencionadas, incluyendo la planificación y la organización.

Esta lista se considera como limitativa o cerrada (*numerus clausus),* en contra del criterio del CICR, al considerar los Estados que era necesario evitar una interpretación extensiva que pudiera abarcar tareas no humanitarias[95].

3.3. El régimen de la protección: Contenido, emblema y ámbito

Los artículos 62 y 67 del Protocolo I de 1977 confieren una protección específica a los miembros civiles y organismos de Protección Civil contra los efectos de las hostilidades. Personas que son identificables por el emblema de protección civil.

Se entiende como *"personal de organismos de protección civil"* a las personas asignadas por una Parte en conflicto exclusivamente al desempeño de las tareas de protección civil (art. 61, c) del Protocolo I de 1977). No obstante, este personal puede desempeñar alternativamente funciones de protección civil y otras misiones siempre que cumpla dos condiciones: 1ª Que las otras tareas no sean perjudiciales para el enemigo. 2ª Que este personal de dedicación no exclusiva no se beneficie de la protección y el derecho a usar el emblema de protección civil, más que cuando cumpla las misiones de protección civil.

Asimismo se protege *"el material de organismos de protección civil"* (art. 61, apartado d) del Protocolo I de 1977), definido de forma muy amplia como el equipo, los suministros y los medios de transporte utilizados por estos organismos en el desempeño de sus misiones.

Según el artículo 66 del Protocolo I de 1977 toda Parte en conflicto debe asegurar que puedan ser identificados los organismos de protección civil, su personal, edificios y material asignados exclusivamente a éstas funciones y los refugios para la población civil. El signo distintivo internacional de protección civil es un triángulo equilátero azul sobre fondo de color naranja. Las Partes en conflicto autorizarán y controlarán el emblema y reprimirán su uso indebido. Los servicios sanitarios y religiosos, militares o civiles, usarán como emblema protector la cruz roja, la media luna roja o el cristal rojo.

---

[95] Yves Sandoz, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genéve du 12 aût 1949,* Traducción al español, ob. cit., pp. 1004 y 1005.

En cuanto al ámbito de aplicación del Protocolo I de 1977, comprende los conflictos armados internacionales. Por otra parte, el Protocolo II de 1977, aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, protege al personal sanitario y religioso (art. 9) afecto a los organismos de protección civil, dedicado exclusivamente a la misión sanitaria de protección civil. Y el artículo 63 del Protocolo I de 1977 establece reglas para la situación de ocupación bélica, garantizando que los organismos de protección civil recibirán de las autoridades de ocupación las facilidades necesarias. Y así gozarán de inmunidad frente a la requisa los medios afectados a la protección civil.

Cesará la protección cuando se cometan "actos perjudiciales para el enemigo"[96] y solo después de una intimación ineficaz en plazo razonable (art. 65 del Protocolo I de 1977).

3.4. La protección de los protectores

Las normas humanitarias establecen, en todo caso, la protección de los protectores, es decir: el personal sanitario y religioso, así como los propios miembros de los organismos o servicios de protección civil y los que podrían ser llamados "protectores circunstanciales" (personas civiles que se unen al llamamiento de las autoridades para realizar tareas de protección civil).

Según el DIH existen tres sistemas de protección del personal que realiza funciones de protección civil:

1º La protección especial del personal sanitario y religioso, sea militar o civil (definido en el art. 8, c y d del Protocolo I de 1977, donde se incluye expresamente al perteneciente a los organismos de protección civil), según los I, II y IV Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales de 1977.

2º La protección general del personal de los organismos de protección civil. En la que se incluyen los que podríamos llamar "protectores circunstanciales" (personas civiles que se unen al llamamiento de las autoridades para realizar las tareas de protección civil).

3º La protección especialísima de los miembros de las fuerzas armadas, asignados a protección civil[97]. El artículo 67 del Protocolo I de 1977 determina

---

[96] Yves Sandoz, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genéve du 12 aût 1949,* Traducción al español, ob. cit., pp. 1076 y ss.

[97] J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, "La participación de las Fuerzas Armadas en acciones de protección civil, en caso de conflicto armado", ponencia presentada en el I Congreso Mundial sobre protección integral de ciudades frente al fuego y otros riesgos", cit.

el estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas y unidades asignados a organismos de protección civil en el curso de un conflicto armado[98], otorgándoles un "*status*" especial al dejar de ser combatientes y cumplir tareas de asistencia humanitaria. Este personal debe estar asignado de modo permanente y dedicado exclusivamente a labores de protección civil, no desempeñar funciones militares, exhibir ostensiblemente el emblema de protección civil, estar dotado sólo de armas individuales ligeras para su propia defensa, no participar directamente en las hostilidades ni cometer actos perjudiciales para la parte adversa y desempeñar sus tareas únicamente en el territorio nacional de la Parte a que pertenezcan. Será considerado prisionero de guerra si cae en poder de la Parte adversa.

---

98 Yves Sandoz, en *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genéve du 12 aût 1949,* Traducción al español, ob. cit., pp. 1119 y ss.

Corte Penal Internacional y operaciones de mantenimiento de la paz

CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ
Directora de la Asesoría Jurídica Internacional (MAEC)
Catedrática de Derecho Internacional Público (UNED)

I. INTRODUCCIÓN

Una simple mirada de conjunto sobre los procesos de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en las dos últimas décadas dirige nuestra vista, inevitablemente, hacia el fenómeno de las denominadas, en términos genéricos, "operaciones de paz". Nacidas originariamente en el ámbito de las Naciones Unidas con una finalidad estrictamente vinculada al mantenimiento de la paz, se han ido expandiendo hacia otras organizaciones internacionales, al tiempo que se ha producido un importante desarrollo y diversificación de sus funciones y mandato. En suma, se han convertido en un instrumento omnipresente e imprescindible en los procesos vinculados con el mantenimiento, el establecimiento y la consolidación de la paz y la seguridad internacionales. E, incluso, en un instrumento cada vez más importante en los denominados "mecanismos de gestión civil de crisis" que tanto interés han generado en un buen número de organizaciones internacionales en los últimos años, y de los que las más recientes actividades de la Unión Europea constituyen una buena muestra.

Este proceso de expansión de las modernas operaciones de paz ha provocado, como no podía ser de otro modo, un importante debate sobre su naturaleza, adecuación para el logro de los objetivos perseguidos, financiación, re-

lación con el sistema onusiano de seguridad colectiva, y otras cuestiones que cabría incluir en una muy amplia lista a la que no es posible hacer referencia en esta sede. Pero desde un punto de vista jurídico, merece una atención especial el debate sobre la oponibilidad del Derecho Internacional Humanitario a las operaciones de mantenimiento de la paz y, junto a dicho debate, la reflexión no menos importante de la incidencia sobre las operaciones de paz del nuevo Derecho Penal Internacional cuyo desarrollo es uno de los signos distintivos del Derecho Internacional de nuestros días.

Se trata, en realidad, de dos cuestiones estrechamente relacionadas entre sí, cuyo interés se genera, precisamente, al hilo de los cambios experimentados en los mandatos de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas desde finales de la década de los años ochenta del pasado siglo para dar lugar al nacimiento de las entonces denominadas "operaciones multifuncionales o de concepto integrado". A lo que se han añadido posteriormente otros dos elementos no menos importantes a los efectos del tema que ahora nos ocupa. En primer lugar, el incremento del riesgo padecido por los contingentes integrados en las operaciones de paz al hilo de las nuevas funciones que se les encomiendan. Y, junto a ello, la aparición de preocupantes informaciones referidas a la comisión de diversos actos ilegales, incluso delitos en un cierto número de casos, por parte de los mismos contingentes a que antes se ha hecho referencia. Frente a esta nueva realidad, la respuesta ha sido doble y ha girado en torno a dos ejes básicos: la necesidad de protección y la exigencia de responsabilidad jurídica.

En cada uno de estos planos, la comunidad internacional ha arbitrado o está arbitrando distintas respuestas jurídicas. Dichas respuestas, que han alcanzado un especial significado en el seno de las Naciones Unidas, se presentan —sin embargo— bajo un mismo paraguas en el marco del proceso de constitución de un sistema judicial penal internacional permanente, representado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En efecto, en el mismo encontramos elementos de protección de las operaciones de mantenimiento de la paz, al tiempo que puede ser concebido igualmente como instrumento sobre cuya base es posible deducir la oportuna responsabilidad penal internacional individual del personal integrado en una operación de paz.

En consecuencia, el Estatuto de Roma constituye un interesante ejemplo de una norma convencional con vocación de universalidad que permite asegurar el necesario equilibrio entre protección y responsabilidad; equilibrio que no siempre se garantiza en términos adecuados en relación con el personal al servicio de las operaciones de mantenimiento de la paz o asociadas. En las siguientes páginas se abordarán por separado ambas dimensiones.

II. LA DIMENSIÓN PROTECTORA: LOS CRÍMENES *CONTRA* LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

1. La necesidad de protección del personal de las OMP

Las imágenes de cascos azules tomados como rehenes en el conflicto bélico que condujo al desmembramiento de la antigua Yugoslavia produjeron un efecto mediático de gran envergadura y notables consecuencias. Estas imágenes, sumadas a otros ataques contra cascos azules —inicialmente en Somalia al inicio de la década de los años noventa del siglo pasado y que se generalizaron posteriormente en otros lugares— provocaron una seria preocupación entre los Estados que han contribuido tradicionalmente con tropas a las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU. Preocupación que fue puesta igualmente de manifiesto por el Secretario General de las Naciones Unidas así como por los restantes órganos y organismos del sistema responsables del mantenimiento de la paz. Las reticencias de los Estados para poner a disposición de la ONU tropas sin garantías de seguridad suficientes y la manifestación de incapacidad de las Naciones Unidas para proteger a sus propias operaciones de mantenimiento de la paz, y al personal integrado en las mismas, pusieron en entredicho la viabilidad y credibilidad de este instrumento de mantenimiento de la paz.

No es de extrañar, por tanto, que a lo largo de la última década del siglo XX se hayan articulado diversas respuestas para ofrecer garantías, aunque sean indirectas, respecto de la protección efectiva del personal al servicio de las operaciones de mantenimiento de la paz. Dichas respuestas han sido de muy diversa naturaleza, pero han tenido también una manifestación no desdeñable en el plano jurídico, en buena medida bajo el propio impulso de las Naciones Unidas.

2. La Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas y el Personal Asociado

La primera y más significativa manifestación de la dimensión protectora se refleja en la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado*, adoptada el 9 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 15 de enero de 1999[1].

---

1 España ratificó la Convención por instrumento de 11 de diciembre de 1997. *BOE* nº 124, de 25 de mayo de 1999.

La citada Convención establece un régimen jurídico interesante, que se refiere tanto al tratamiento debido al personal de las Naciones Unidas, entendido como aquellas personas directamente contratadas por las Naciones Unidas o sus organismos especializados, como al tratamiento debido al personal asociado, entendido como aquellas personas asignadas por un Gobierno o por una organización intergubernamental o no gubernamental en virtud de un acuerdo con el Secretario General de las Naciones Unidas para realizar actividades en apoyo del cumplimiento del mandato de una operación de las Naciones Unidas. El nexo de unión entre ambas categorías de personal radica en su vinculación a una operación de las Naciones Unidas, entendida como una operación establecida por el órgano competente de la Organización y realizada bajo su control y autoridad, en la que concurran alguno de los dos siguientes elementos: i) que la operación esté destinada a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales; o ii) que en la misma exista un riesgo excepcional para la seguridad del personal que participa en la operación, siempre que dicha circunstancia de especial riesgo haya sido declarada por el Consejo de Seguridad o por la Asamblea General a los efectos de la Convención[2]. Es de destacar, sin embargo, que el alcance del régimen protector derivado de la Convención se ve limitado por el hecho de que la misma no se aplicará a las operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de San Francisco en las que cualquiera de los miembros del personal participe como combatiente en enfrentamientos contra fuerzas armadas organizadas[3].

El régimen protector establecido por la Convención es muy amplio y va desde la imposición a los Estados de obligaciones generales como el garantizar la seguridad del personal o el celebrar acuerdos que definan el estatuto del personal desplegado en el territorio, hasta la imposición de obligaciones más concretas referidas, por ejemplo, al régimen de detención del personal. Sin embargo, el núcleo central de la Convención lo constituyen las normas de Derecho Penal Internacional contenidas en la misma, que pueden agruparse en tres bloques diferenciados: i) las normas que definen los delitos consistentes en el ataque al personal; ii) las normas relativas a la asunción de jurisdicción penal por parte de los Estados en relación con los citados delitos; y iii) las relativas a la cooperación y asistencia judicial internacional en relación con la persecución y enjuiciamiento de los mismos.

---

2 Art. 1, apartados a), b) y c).

3 Art. 2.2. Se traslada de esta manera a la Convención el clásico debates sobre la oponibilidad del Derecho Internacional Humanitario a las operaciones de mantenimiento de la paz.

Por último, es de destacar que la Convención ha sido completada con un *Protocolo Facultativo,* de 8 de diciembre de 2005, que entró en vigor el 19 de agosto de 2010[4]. Su principal novedad consiste en ampliar el tipo de operaciones a las que se aplica el régimen de la Convención, a saber: i) las operaciones destinadas a prestar asistencia humanitaria, política o para el desarrollo en la consolidación de la paz; y ii) las operaciones destinadas a prestar asistencia humanitaria de emergencia[5]. En cualquier caso, las operaciones protegidas siguen siendo únicamente las de las Naciones Unidas.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la Convención y su Protocolo, debe recordarse que las obligaciones de protección impuestas a los Estados no han sido suficientes para eliminar el fenómeno de los ataques al personal que se pretende proteger. A lo que se añade que, en el ámbito de la protección penal, el modelo sigue situándose en el plano del Derecho Penal Internacional clásico, dejando en manos de los Estados tanto la incorporación en sus respectivas legislaciones internas de los tipos penales definidos en la Convención como la definición de normas internas que les permitan ejercer la jurisdicción para enjuiciar y reprimir los actos de ataque contra el personal de las Naciones Unidas o el personal asociado. Lo que, en la práctica, se traduce en un amplio margen de discrecionalidad que minora la eficacia del sistema de protección penal previsto en la Convención y en el Protocolo.

3. *La protección de las OMP a través del Estatuto de Roma*

Ante este panorama, la celebración de la Conferencia de Roma sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ofreció una oportunidad para establecer mecanismos de protección de las operaciones de paz a través de la definición de tipos penales *ad hoc* que pueden ser juzgados por un tribunal penal internacional permanente: la Corte Penal Internacional.

No obstante, ha de recordarse que, a pesar de lo preocupación de la comunidad internacional por la seguridad de las operaciones de mantenimiento de la paz, ni la Comisión de Derecho Internacional ni la Comisión Preparatoria constituida por la Asamblea General, encargada de preparar el proyecto de Estatuto para fines de negociación que fue sometido a la Conferencia de Roma, tomaron en consideración la posibilidad de incorporar algún tipo penal que sancionase específicamente los ataques contra las OMP. Por el contrario, la

---

4 España ratificó el Protocolo Facultativo por instrumento de 29 de agosto de 2007. *BOE* nº 189, de 5 de agosto de 2010.

5 Artículo II, párrafo 1.

incorporación de esta problemática se suscita únicamente en la propia Conferencia de Roma como consecuencia de la presentación de una enmienda por parte de la delegación española. En virtud de la misma, constituiría un crimen de guerra *"[d]irigir intencionadamente ataques contra personal de las Naciones Unidas o personal asociado o contra instalaciones, material, unidades o vehículos de las Naciones Unidas que se encuentren en una misión de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz de conformidad con la Carta"*[6]

La citada enmienda presentaba una doble virtualidad. Por un lado, definía un tipo claro y sencillo que se extendía a cualquier operación de mantenimiento de la paz y operación asociada, no limitándose sólo a los ataques cometidos contra el personal de dichas operaciones. Y, por otro, superaba los debates que se habían producido con anterioridad con ocasión de la adopción de la Convención sobre la Seguridad del Personal en relación con la posibilidad de aplicar o no el Derecho Internacional Humanitario a las operaciones de mantenimiento de la paz, y en especial a su personal, ya que el crimen se definía con independencia del estatuto que, conforme al Derecho Internacional Humanitario, pudieran tener las personas que hubiesen padecido el ataque constitutivo del crimen.

La enmienda alcanzo un amplio apoyo entre las delegaciones participantes en la Conferencia, que hizo posible la incorporación de dos nuevos crímenes de guerra en el artículo 8 del Estatuto. Sin embargo, a instancia de la delegación británica, se reabrió el debate sobre la oponibilidad del Derecho Internacional Humanitario a las OMP, lo que se tradujo en una limitación del ámbito de protección otorgado a las propias operaciones y al personal de las mismas.

En cualquier caso, el resultado final de la iniciativa española fue altamente positivo, ya que permitió incorporar la problemática de la protección de las operaciones de mantenimiento de la paz y de su personal en la definición de los crímenes de guerra cuyo enjuiciamiento es competencia de la Corte Penal Internacional. Ello se produce a través de la definición de dos tipos penales paralelos, recogidos —respectivamente— en el artículo 8.2. apartado b) iii, para los conflictos armados de carácter internacional, y en el artículo 8.2, apartado e) iii), para los conflictos armados de carácter interno. En virtud de dichos preceptos, cometerá un crimen de guerra quien *"diri[ja] intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos*

---

[6] El texto completo de las propuestas españolas puedes consultarse en PIGNATELLI Y MECA, F.: *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*, Ministerio de Defensa, Madrid 2003, pp. 299-301.

participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”.

Este tipo penal doble se ve completado con un segundo tipo que se aplica únicamente en el marco de los conflictos armados de carácter internacional, consistente en *“utilizar de modo indebido (...) las insignias militares o el uniforme del enemigo o [la bandera] de las Naciones Unidas (...) y causar así la muerte o lesiones graves”* (art. 8.2, b) vii).

De esa forma, el Estatuto de Roma ha incorporado la problemática de la protección de las operaciones de mantenimiento de la paz y de otras misiones humanitarias de una forma amplia, no limitándose únicamente a los ataques contra el personal como sucedía en la Convención de 1994. No obstante, si bien dicho enfoque omnicomprensivo debe ser objeto de una valoración positiva, no puede dejar de llamarse la atención sobre dos elementos que, sin embargo, merecen un juicio más crítico.

En primer lugar, el hecho de que la protección no se aplicará a aquellas operaciones en que su personal y sus bienes no “tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”, lo que puede dejar sin cobertura —en la práctica— a aquellas operaciones en que, en virtud del mandato que les ha sido atribuido por el Consejo de Seguridad, pueda ser discutible la calificación de los cascos azules como civiles o combatientes. Circunstancia que, en un cierto sentido, podría producirse si el Consejo, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, autoriza o mandata a la operación a hacer uso de la fuerza en el ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, ha de destacarse igualmente que el Estatuto de Roma define como crimen de guerra los ataques dirigidos únicamente contra “una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, o el uso de emblemas, insignias o la bandera de las Naciones Unidas, lo que sin duda deja fuera del ámbito de la responsabilidad penal internacional definida por el Estatuto a los ataques dirigidos contra otras operaciones de mantenimiento de la paz u otras operaciones humanitarias organizadas por otra organización internacional conforme al derecho de dicha organización. Nos encontramos de esta forma ante una restricción que deberá ser objeto de evaluación en un futuro, en especial si se tiene en cuenta la importante irrupción de las organizaciones regionales en el proceso de establecimiento y gestión de operaciones de mantenimiento de la paz y de operaciones de asistencia humanitaria, en ocasiones en coordinación

la Organización de las Naciones Unidas pero en otras de forma plenamente autónoma.

Por último, ha de destacarse que los crímenes que se acaban de enunciar son aquellos establecidos expresamente en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones humanitarias, y que, por tanto, constituyen una forma de protección especial a favor de dichas operaciones y de su personal. No obstante, no puede olvidarse que el resto de crímenes de guerra contenidos en el Estatuto se aplican con carácter general en el marco bien sea de conflictos armados internos bien de conflictos armados de carácter internacional, con independencia de la cualidad de las personas o bienes que resultan perjudicados por dichos comportamientos o ataques. Y, en consecuencia, nada impediría que la Corte pudiese declarar la responsabilidad penal internacional de una determinada persona por la comisión de dichos ataques no cualificados respecto de personas integradas en operaciones de paz o respecto de los bienes adscritos a una operación cuando ello sea posible. Por lo que, con carácter general también dichos tipos penales constituyen formas indirectas e inespecíficas de protección de las OMP y su personal.

4. Protección de las OMP por el derecho estatal: la incidencia del Estatuto de Roma

Aunque el Estatuto de Roma define los tipos penales a los efectos del sistema judicial internacional establecido por el mismo, y con la finalidad de definir el ámbito competencial de la Corte Penal Internacional, no es menos cierto que los crímenes tipificados en el Estatuto han tenido una importante incidencia en los sistema jurídicos nacionales, reflejándose en buena medida en los códigos penales internos.

Este ha sido el caso de España, que recoge en el Código Penal vigente un número importante de crímenes tipificados en el Estatuto de Roma. En particular, por lo que interesa a los efectos del presente trabajo, ha de destacarse en primer lugar que el artículo 608, en su apartado 6º, califica como personas protegidas en caso de conflicto armado *"[a]l personal de las Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994"*, por lo que se sitúan bajo la cobertura del Capítulo III (De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) del Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) del Libro II del Código Penal.

En particular, ello se ha traducido en la incorporación de los siguientes crímenes dirigidos contra operaciones de mantenimiento de la paz:

i) *"Diri[gir] intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o l[a] amena[za] con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto"* (art. 612, párrafo 10º)[7].

ii) *"Ata[car] o reali[zar] actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10º del artículo 612 o [la] amena[za] con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto"* (art. 613, párrafo 1, apartado i)[8].

iii) *Utili[zar] indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo (...) de las Naciones Unidas (...), durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuera parte"* (art. 612, párrafo 5º)[9].

De este modo, cabe concluir que, tras las sucesivas modificaciones del Código Penal de 1995, nuestro ordenamiento jurídico se ha adecuado plenamente a las exigencias derivadas del Estatuto de Roma en esta materia. Ello venía obligado especialmente en los tipos penales mencionados, por coherencia con la posición de España como impulsora de la definición de esta categoría de crímenes en el Estatuto de Roma.

---

7 Disposición introducida por *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (*BOE* nº 152, de 23 de junio).

8 Disposición introducida por *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (*BOE* nº 152, de 23 de junio).

9 Disposición introducida por *Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal* (*BOE* nº 283, de 26 de noviembre de 2003).

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL PERSONAL DE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

1. Los trabajos de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad penal de sus funcionarios y expertos en misión

Junto a la preocupación de la comunidad internacional por los atentados cometidos contra las operaciones de paz de las Naciones Unidas, en la última década ha hecho igualmente su aparición una no menos fuerte preocupación por la necesidad de establecer mecanismos que permitan exigir responsabilidad penal al personal de dichas operaciones cuando cometan crímenes contra la población y en el territorio en el que la misión está desplegada.

Dicha preocupación ha surgido especialmente a partir de 2005, vinculada a las acusaciones de explotación y abusos sexuales en los que estarían implicados contingentes de las operaciones de paz de las Naciones Unidas, y se ha reflejado incluso en diversas recomendaciones del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas tendentes a impedir que el personal de las misiones de paz actúe en contravención de los propósitos y principios de la Carta.

Como resultado de dichas recomendaciones, el Secretario General nombró en 2005 un Asesor sobre la cuestión de la explotación y los abusos sexuales cometidos por el personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas[10]. Y constituyó ese mismo año un Grupo de expertos jurídicos para prestar asesoramiento sobre la mejor forma de proceder para asegurar que se cumpla la intención original de la Carta de las Naciones Unidas, a saber, que el personal y los expertos en misión nunca quedarán exentos, en la práctica, de afrontar las consecuencias de los actos delictivos cometidos en su lugar de destino, al tiempo que se asegure que no serán injustamente castigados por dichos actos delictivos sin que se respeten las debidas garantías del proceso[11]. Por su parte, la Secretaría elaboró una Nota con información relevante, así como con las opiniones manifestados por los Estados miembros[12].

---

[10] El Asesor del Secretario General emitió el informe contenido en el doc. A/59/710, que fue elevado por el Secretario General a la Asamblea General.

[11] Sobre la base de la petición de la Asamblea General contenida en la Resolución 59/300, de 22 de junio de 2005. El Grupo de expertos elaboró el informe contenido en el doc. A/60/980.

[12] A/62/329.

Sobre la base de estos antecedentes, la Asamblea General constituyó en 2006 un *Comité especial sobre la exigencia de responsabilidades penales a los funcionarios y expertos de las Naciones Unidas en misión*[13], al que encomendó el análisis del informe del Grupo de Expertos, en especial en sus aspectos jurídicos. El Comité especial ha desarrollado su mandato en 2007 y 2008, y recomendó a la Asamblea General la constitución de un Grupo de trabajo abierto a fin de continuar el estudio del Grupo de Expertos, así como las propuestas de instrumento normativo que se habían ido perfilando en los trabajos del Comité especial[14]. Dicho Grupo de trabajo fue constituido por la Asamblea General en su 62 período de sesiones (2007) y ha celebrado reuniones en 2007, 2008 y 2009, habiendo decidido la Asamblea General que el Grupo de Trabajo se deberá reunir nuevamente en el marco de la Sexta Comisión en su 67 período de sesiones, que tendrá lugar en 2012[15].

A pesar de la importancia inequívoca que las Naciones Unidas han asignado al tema de la responsabilidad penal de sus funcionarios y expertos en misión, hasta la fecha no ha sido posible alcanzar resultados concretos. Por el contrario, en los distintos trabajos mencionados se han suscitado importantes cuestiones sobre las que no se ha producido un consenso suficiente, tales como el propio concepto de operación de paz a las que se aplicaría, el alcance subjetivo de cualquier instrumento que pueda regular la citada responsabilidad penal, así como el difícil sistema de reparto jurisdiccional entre el Estado anfitrión y los Estados nacionales de los funcionarios y expertos en misión, y la más difícil aún delimitación de competencias entre los citados Estados y las Naciones Unidas.

En cualquier caso, debe llamarse la atención sobre dos elementos presentes en los trabajos en curso que tienen una especial relevancia a los efectos de esta nota. En primer lugar, la tendencia mayoritaria a favor de que cualquier instrumento internacional que permita deducir responsabilidad penal respecto de los funcionarios y expertos en misión de las Naciones Unidas deje fuera de su ámbito de aplicación a los contingentes militares y de policía civil incluidos en las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU. Una tendencia que, a pesar de ser mayoritaria, no deja de ser paradójica si se tiene en cuenta

---

13 Res. 61/29, de 4 de diciembre de 2006.

14 En relación con los trabajos del Comité especial, *vid*. los documentos contenidos en A/62/54 y A/63/54. Ver, además, los informes sobre el mismo tema preparados por el Secretario General: A/63/260 y Add. 1, A/64/183 y Add. 1, y A/65/185.

15 Vid. Res. 65/20, de 6 de diciembre de 2010, párrafo dispositivo 8. En realidad, la Asamblea General se ha limitado a reiterar la decisión que ya había adoptado en su anterior período de sesiones (Res. 63/159).

los hechos que se encuentran en el propio origen del ejercicio. Y, en segundo lugar, la aparente tendencia a que, hasta la actualidad, tan sólo se prevea un sistema de depuración de responsabilidad basado en un modelo de Derecho Penal Internacional clásico, en el que el enjuiciamiento y depuración de responsabilidad penales quedaría reservado, en lo esencial, a las jurisdicciones nacionales, limitándose la participación de las Naciones Unidas al establecimiento de diversos mecanismos de cooperación y asistencia a aquellas.

2. *La responsabilidad penal internacional del personal de operaciones de paz y el Estatuto de Roma*

El Estatuto de Roma no contiene reglas especiales aplicables en particular a la responsabilidad penal internacional del personal de las operaciones de mantenimiento de la paz. Por el contrario, siguiendo el principio de responsabilidad penal universal consagrado en el Estatuto[16], el personal de las citadas operaciones será responsable y podrá ser enjuiciado por la Corte Penal Internacional siempre que se cumplan las condiciones generales previstas en el mismo, a saber:

i) que sea mayor de edad[17], y

ii) que sea nacional de un Estado parte en el Estatuto[18], o

iii) que haya cometido el crimen en el territorio de un Estado parte en el Estatuto[19], o

iv) que hay cometido el crimen en el marco de una situación que haya sido remitida por el Consejo de Seguridad a la Corte para su investigación en virtud del Capítulo VII de la Carta, con independencia de que se hayan cumplido los requisitos mencionados *supra* ii) y iii)[20].

Si concurren dichos requisitos, cualquier miembro del personal de una operación de mantenimiento de la paz quedará sometido a la jurisdicción de la Corte, sin que exista limitación alguna respecto del tipo de crímenes de que podría resultar responsable. Por el contrario, dado que el Estatuto no prevé que ninguna categoría de crímenes sólo puede ser cometida por una determinada categoría de personas, la condición de personal de una opera-

---

16 Art. 25.
17 Art. 26.
18 Art. 12.2.b).
19 Art. 12.2.a).
20 Art. 13.b).

ción de mantenimiento de la paz, y su integración en los contingentes militar, de policía civil o civil es absolutamente irrelevante para determinar la eventual responsabilidad de los mismos. En resumen, cualquier miembro del personal de una operación de paz podrá responder, en principio de un crimen de genocidio, de un crimen contra la humanidad o de un crimen de guerra. Únicamente sería cuestionable la posibilidad de que un miembro del personal de una operación de paz pueda cometer un crimen de agresión, por cuanto el citado crimen se concibe, necesariamente, como un crimen de liderazgo, de forma que únicamente las personas que tengan la capacidad de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado pueden ser pasibles de cometer el citado crimen[21].

En cualquier caso, debe destacarse que el Estatuto de Roma declara, con carácter general, el principio de irrelevancia del cargo oficial para eludir la responsabilidad penal internacional[22] y que no contiene ninguna disposición que permita excluir la jurisdicción de la Corte respecto de personas pertenecientes al personal de una operación de mantenimiento de la paz por el simple hecho de ostentar tal condición. Ello no impide, sin embargo, que a los miembros del personal de las operaciones de paz les pueda resultar de aplicación lo previsto en el artículo 98 del Estatuto, que protege a ciertas personas frente al deber de entrega a la Corte de una persona que sea reclamada por la Corte para su eventual enjuiciamiento; deber que, con carácter general, es oponible a cualquier Estado parte[23]. En virtud del citado artículo 98, es posible que un Estado parte pueda alegar la imposibilidad de proceder a la entrega de aquellas personas que estén protegidas por normas de derecho internacional relativas a la inmunidad diplomática, o —en su caso— por disposiciones convencionales que hagan imposible la entrega a un tercero de una persona extranjera sin la autorización previa del Estado que la envía.

Ello podría traducirse en la práctica en una protección frente a la entrega de los miembros del personal de una operación de paz si pueden beneficiarse de alguno de estos estatutos, bien sea en virtud de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, bien en virtud de un acuerdo de sede o

---

[21] En efecto, conforme a la enmienda aprobada por la Resolución nº 6 de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala en mayo-junio de 2010, *"[a] los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas"* (nuevo artículo 8 bis, párrafo 1 del Estatuto de Roma).

[22] Vid. art. 27.

[23] Vid. Art. 89.

un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas (SOFA) celebrados con ocasión del despliegue de una operación de paz. No obstante, ha de señalarse que la citada protección es limitada y que, además, el *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, de 2004, prevé expresamente en su artículo 19 un sistema de levantamiento de la inmunidad cuya finalidad no es otra que favorecer el ejercicio de la jurisdicción de la CPI. En virtud del mismo, *"[c] uando la Corte trate de ejercer su competencia respecto de una persona que tiene presunta responsabilidad penal por un delito de competencia de la Corte y cuando, dadas las circunstancias, esa persona goce, con arreglo a la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas y a las normas pertinentes del derecho internacional, de las prerrogativas e inmunidades necesarias para el desempeño independiente de las funciones que le competen en la Organización, las Naciones Unidas se comprometen a cooperar plenamente con la Corte y adoptar todas las medidas necesarias para que la Corte pueda ejercer su competencia, en particular, mediante la renuncia a esas prerrogativas e inmunidades con arreglo a la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas y a las normas pertinentes del derecho internacional"*. Quedarían sin respuesta, sin embargo, aquellos supuestos en que la inmunidad debiera ser levantada por el Estado de la nacionalidad y no por las Naciones Unidas.

En cualquier caso, no puede olvidarse que incluso en el supuesto de que un miembro del personal de una misión de paz se beneficie de la inmunidad en los términos referidos y su inmunidad no sea levantada a los efectos de la entrega a la CPI, ello no se traduce en absoluto en una perdida de competencia de la Corte. Por el contrario, la citada protección operará únicamente mientras se mantenga la condición de miembro del personal que disfruta de inmunidad, pudiendo ser entregado a la Corte tan pronto como pierda tal condición.

Por último, debe destacarse de forma especial el hecho de que el Estatuto de Roma tampoco contiene disposición alguna que contemple de forma expresa la posibilidad de que la jurisdicción de la Corte pueda verse excluida por el simple hecho de que los crímenes sobre los que pretende ejercer su competencia hayan sido cometidos por personal de las operaciones de mantenimiento de la paz o en el marco de una operación de mantenimiento de la paz. Sin embargo, esta interpretación que hoy no admite duda alguna, fue objeto de cuestionamiento en 2002 y 2003 por parte del Consejo de Seguridad, que, a través del ejercicio de la prerrogativa que le reconoce el artículo 16 del Estatuto[24], instó a la Corte a que no ejerciese su jurisdicción en relación

---

[24] De conformidad con el artículo 16 del Estatuto de Roma, *"[e]n caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el*

con crímenes que pudiesen ser cometidos en territorios en los que estuviera desplegada una operación de mantenimiento de la paz en la que participaran funcionarios o ex-funcionarios de las Naciones Unidas o personal o antiguo personal de una OMP que fuesen nacionales de Estados que no hubiese ratificado el Estatuto de Roma.

La citada decisión, que se recoge en las resoluciones 1422 (2002), de 12 de julio, y 1487 (2003), de 12 de junio, tiene una naturaleza puramente preventiva y, por tanto, no puede encontrar su fundamente en el citado artículo 16, ya que el mismo sólo puede operar en caso de quiebra o amenaza efectiva a la paz y la seguridad internacionales, únicos supuestos en que el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas coercitivas en el marco del Capítulo VII de la Carta. En cualquier caso, no puede olvidarse que las citadas resoluciones fueron adoptadas por el Consejo de Seguridad a propuesta de los Estados Unidos, como parte de la estrategia de la Administración Bush para bloquear una institución judicial que daba sus primeros pasos en esas fechas y a cuya existencia se habían venido oponiendo de modo sistemático. Afortunadamente, el Consejo de Seguridad no ha vuelto a renovar la mencionada decisión, y la hipótesis general conforme a la cual la Corte no sería competente para enjuiciar crímenes cometidos en el marco de una operación de mantenimiento de la paz ha quedado superada.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Es obvia la afirmación de que las operaciones de mantenimiento de la paz y el ejercicio de la jurisdicción penal internacional son dos categorías estrechamente relacionadas. Baste a este respecto con recordar los casos de la antigua Yugoslavia y la situación de Ruanda y la constitución en ambos supuestos de sendos tribunales *ad hoc* que han tenido que operar en situaciones y respecto de territorios en los que ha estado desplegada una operación de mantenimiento de la paz. Lo mismo cabría decir de la Corte Penal Internacional, si se recuerda que en algunas de las situaciones sobre las que está ejerciendo su jurisdicción ha existido o existe una presencia internacional significativa en

Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones".

forma de operación de paz. Así ha sucedido, por ejemplo, en las situaciones de República Democrática del Congo, Uganda o Sudán.

Ello no significa que los tribunales penales internacionales, y en particular la Corte Penal Internacional, deban actuar necesariamente y de forma automática en tanto que órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento del personal de las operaciones de paz o de las personas que hubiesen cometidos crímenes contra las operaciones de paz, su personal o sus bienes. Y, en la práctica, esta situación no se ha producido hasta la fecha.

Sin embargo, no es menos cierto que el Estatuto de Roma ofrece los instrumentos necesarios tanto para la protección como para el enjuiciamiento del personal de las operaciones de mantenimiento de la paz. Y que lo hace, además, en forma equilibrada y de tal manera que permite superar la vieja polémica sobre la determinación del Estado competente, en especial, para enjuiciar a los contingentes militares y de policía civil de las citadas operaciones. Habrá que esperar, no obstante, a un eventual desarrollo de la práctica para poder evaluar si los instrumentos que han sido analizados en las páginas precedentes son adecuados o no para luchar contra la impunidad, también, en el marco de las operaciones de mantenimiento de la paz.

Los crímenes de guerra en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal

Fernando Pignatelli y Meca
Doctor en Derecho
General Consejero Togado —R—
Magistrado del Tribunal Supremo

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA NECESIDAD DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL CAPÍTULO III DEL TÍTULO XXIV DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL

El Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, comportó el cumplimiento por parte de España de la obligación imperativa, asumida al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 —contenida en los respectivos párrafos primeros de los artículos 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV—, de "*tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves*" al respectivo Convenio, infracciones graves o crímenes de guerra que, a su vez, aparecen enunciadas en los artículos 50 del Convenio I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV. Dicha obligación vino a ser ampliada por el

Protocolo I Adicional a aquellos Convenios, de 8 de junio de 1977, que en su artículo 86.1 impone, como deber del Estado Parte en él, el de "*reprimir las infracciones graves*" que se enuncian en sus artículos 11.4 y 85.2 a 4, infracciones graves que, en su artículo 85.5, proclama que se considerarán "*crímenes de guerra*"[1].

Estas infracciones graves o crímenes de guerra *strictu sensu* son el *homicidio intencional* —es decir, doloso—, la *tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas* y el *causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud* —mental o física—, siempre que tales actos tengan por destinatario a una o varias personas protegidas por los cuatro Convenios de Ginebra —heridos, enfermos, náufragos, personal sanitario o religioso, prisioneros de guerra y personas civiles—, el *hecho de forzar a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga* y de *privar de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente según las prescripciones del respectivo Convenio* —III o IV— a un prisionero de guerra o a una persona civil, las *deportaciones y traslados ilegales*, la *detención ilegítima* y la *toma de rehenes* siempre que el sujeto pasivo sea una persona civil o pertenezca a la población civil y *la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria*.

A su vez, el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 añade al catálogo de infracciones graves, en su artículo 11.4, *toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende,* sea que *viole las prohibiciones de las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos o las extracciones de órganos o tejidos para trasplantes,* salvo si estos actos están justificados, sea que *las donaciones de sangre para transfusiones o de piel para injertos no cumplan las exigencias prescritas en el artículo 11.3*; en su artículo 85.3, el *hacer objeto de ataque* tanto a la *población civil o a personas civiles* como a *localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas* y, finalmente, a *una persona a sabiendas de que está fuera de combate, lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil* y *lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas,* en uno y otro caso, de que *ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que serían excesivos* en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a), iii) del aludido Protocolo I Adicional,

---

1 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal*". Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. Madrid, 2003, pp. 65 y 66.

y *hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores* reconocidos por los Convenios o el Protocolo I Adicional, ello siempre que todos los actos de que se trata *se cometan intencionalmente* —es decir, que sólo se admite la comisión dolosa, descartándose la imprudente—, en violación de las disposiciones pertinentes del Protocolo I Adicional *y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud* —se trata de infracciones *de resultado*, debiendo concurrir, conjunta o simultáneamente, el carácter o naturaleza dolosa y el resultado lesivo—; y, finalmente, en su artículo 85.4, *el traslado por la Potencia ocupante de parte de su propia población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio* en violación de artículo 49 del Convenio IV, la *demora injustificada en la repatriación* de prisioneros de guerra o de personas civiles, las *practicas del "apartheid" y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal,* el hecho de *dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos* y el hecho de *privar de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente a una persona protegida* por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del artículo 85 del Protocolo I Adicional[2].

En 1995 España dio, pues, acabado cumplimiento a esta obligación convencional de naturaleza no autoejecutiva al llevar a cabo el desarrollo legal preciso para adoptar el derecho interno internacionalmente indispensable que hiciera factible la ejecución o aplicación directa por los órganos judiciales del Estado de la obligación convencional en cuestión, satisfaciendo las exigencias de *lex scripta*, *praevia*, *certa* y *stricta* que en nuestro sistema exige el principio de legalidad penal, en cuyo contenido se incluye el principio de predeterminación normativa de los tipos y de las consecuencias penales; en definitiva, la exigencia de respeto al principio *pacta sunt servanda*, la naturaleza no autoejecutiva de las prescripciones convencionales en que se plasma la obligación de sancionar las infracciones graves —o cualquier otro crimen de guerra— y el principio de taxatividad de los delitos y de las penas, consecuencia del principio de legalidad, obligaron a tipificar en nuestro Derecho interno los crímenes de guerra en el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal —artículos 608 a 614—, bajo la denominación de

---

2 *Ibidem*, pp. 77 y 78.

"delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado", describiendo la respectiva acción típica y adicionándole una pena concreta, *adecuada* o proporcionada a su gravedad inmanente.

Esta tipificación se llevó a cabo, siguiendo la Propuesta[3] elaborada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario —CEDIH— de la Cruz Roja Española, que había sido elevada al Gobierno de la Nación en junio de 1991 por la Presidencia de la Institución y enviada por el Ejecutivo a la Comisión de redacción del Anteproyecto de Código Penal constituida en el Ministerio de Justicia, Propuesta que fue incorporada, sin modificación alguna apreciable, al Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995.

La *garantía criminal* se cumplimentó en el Código Penal de 1995, como es sabido, mediante la descripción acabada de una serie de conductas que se consideran crímenes de guerra a través de un *sistema mixto de tipificación*. En efecto, siguiendo el sistema adoptado en 1985 por el Código Penal Militar, en el Título II —*"Delitos contra las leyes y usos de la guerra"*— de su Libro Segundo —artículos 69 a 78—, en los artículo 609 a 613 del Código Penal de 1995 se definen, individualizada o autónomamente, como delitos de guerra específicos, además de las infracciones graves de la normativa convencional humanitaria, o crímenes de guerra en sentido estricto —en cuanto que solo sobre ellos pesa la obligación convencional imperativa de sancionarlos penalmente *in foro domestico*—, simples actos contrarios, es decir, otras violaciones de la normativa convencional humanitaria que ésta no califica como *infracciones graves*, y respecto a las cuales no impone a los Estados Partes otro compromiso que el de adoptar *"las medidas necesarias para que cesen"*; y, además de la incriminación específica —en la que se describen individualizada o autónomamente las conductas que, bien porque así lo exigen los instrumentos convencionales en que España es Parte, o bien por ser tal el criterio del legislador penal español, resultan más graves—, se eleva, de forma genérica, en el artículo 614, a la categoría de delito, a toda la serie de actos contrarios, demás infracciones o infracciones sin otro calificativo relativas a la conducción de las hostilidades, a la protección y trato de heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, personas civiles y a la protección de bienes culturales

---

3 *Vid*. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, SÁNCHEZ DEL RIO Y SIERRA, Javier, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, PIGNATELLI Y MECA, Fernando, PULGARIM DE MIGUEL, Francisco José y ANTÓN AYLLÓN, Manuel: *"Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949"*. Revista Española de Derecho Militar, núms. 56-57, julio-diciembre de 1990 y enero-junio de 1991, pp. 693 a 845.

en caso de conflicto armado que vienen determinadas en cuantos tratados internacionales fuere España Parte, de manera que, además de incriminarse específicamente, en los artículos precedentes, junto a las infracciones graves, algunas de las posibles violaciones menores de la normativa internacional, no quede lugar para una categoría inferior de violaciones de dicha normativa convencional exentas de tipificación delictiva y consecuente sanción penal, confiriendo a aquellas, mediante la construcción de este tipo general residual del artículo 614, rango legal de acciones delictivas, renunciando así a la posibilidad de dejarlas impunes[4], extendiendo, además, la protección penal que se arbitra en el Capítulo para las personas y bienes protegidos tanto a los supuestos de conflicto armado internacional —entendiendo por tal tanto la guerra entre Estados en su más clásico sentido como cualquier otro supuesto de enfrentamiento armado entre idénticos protagonistas, incluso cuando estos no reconozcan el estado de guerra, los supuestos de ocupación territorial de regiones pertenecientes a un adversario cuando, terminadas las hostilidades activas, y aunque no exista lucha armada de clase alguna, tal ocupación se prorroga en el tiempo y, en los supuestos de aplicación del Protocolo I Adicional de 1977, las figuras referidas en el artículo 1.4 de éste, a saber, las luchas de los pueblos contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas[5]— como a los de conflicto armado sin tal carácter, de forma que, en nuestro Derecho, las víctimas de la guerra y los bienes protegidos gozan, desde el 25 de mayo de 1996, fecha de entrada en vigor del Código Penal hoy vigente, de la misma tutela penal cualquiera que sea la naturaleza del conflicto armado, si bien mientras que en el supuesto de que este tenga carácter internacional la protección abarca —en los casos en que el correspondiente delito contra las personas y bienes protegidos traiga su causa o razón de ser de cualquiera de las infracciones graves enunciadas en los artículos 50 del Convenio I de Ginebra de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV o de las contenidas en los artículos 11.4 y 85.2 a 4 del Protocolo I Adicional de 1977, pero siempre, en este último caso, que el Estado del territorio en que se haya cometido el hecho o el de la nacionalidad del presunto autor sean Partes en dicho Protocolo I Adicional al momento de la perpetración de aquél hecho[6]—, indistintamente, los hechos cometidos en territorio español o extranjero, en el caso de que el conflicto armado en cuyo contexto se produzca el hecho o hechos presuntamente constitutivos de aquella clase de delitos no tuviere carácter internacional para que tal tuición surta sus efectos será pre-

4 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 125 a 127.

5 *Ibidem*, pp. 161 y 162.

6 *Ibidem*, pp. 161 y ss.

ciso que el conflicto se haya producido en territorio español, salvo que, por aplicación del artículo 23.2 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurran los requisitos que en dicho precepto se exigen para determinar la competencia de los tribunales españoles[7].

---

[7] *Ibidem*, pp. 129 y 130. La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, confiere una nueva redacción al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que, en su párrafo segundo, viene a *laminar* la concepción que de la jurisdicción universal fijó la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Dicha Ley Orgánica 1/2009 modifica, en lo que aquí interesa, el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, introduciendo, en el párrafo primero del mismo, un subapartado h, de nuevo cuño, a cuyo tenor *"igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: ...h. Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España"*, mientras que en el segundo párrafo de dicho apartado 4 se estipula que *"sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles"*, añadiendo el párrafo tercero que *"el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior"*.

Es decir, que no obstante exigirse ahora, para que actúen los jueces o tribunales españoles, que el presunto responsable se encuentre en España, que existan víctimas de nacionalidad española o que se constate algún vínculo de conexión relevante con España —concepto jurídico este el de *"vínculo de conexión relevante"* de tal grado de indeterminación que comporta la introducción, bien que buscada de propósito merced a esta tan desafortunada redacción, de un mero criterio de *oportunidad* a la hora de constatar tanto la existencia misma del vínculo como su relevancia—, y, en todo caso, que en otro país competente o en un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento, en el supuesto de los delitos de guerra los órganos jurisdiccionales españoles conocerán en todo caso, sin necesidad de concurrencia de estos nexos o vínculos a que hace mención el párrafo segundo del apartado 4 —*"sin perjuicio"*—, ello de conformidad con el respectivo párrafo segundo de los artículos 49 del Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado previstos en nuestro Código Penal que sean trasposición a este de las infracciones graves enunciadas en los artículos 50 del Convenio I de Ginebra, 51 del II, 130 del III y 147 del IV, y 11.4 y 85.2 a 4 del Protocolo I Adicional a dichos Convenios —pues lo contrario comportaría la conculcación del tenor de aquel párrafo segundo común a los indicados preceptos

La recepción en el Derecho español del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998[8] y la posterior entrada en vigor de este tratado, con carácter general y para España, el 1 de julio de 2002, hacían necesaria, en orden a adaptar al mismo nuestra legislación interna, una reforma, entre otros extremos del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal, del Capítulo III de dicho Título, en orden a ajustar la regulación de los crímenes de guerra del aludido Capítulo a los *desarrollos* o novedades que, en materia de tales delitos, introduce el artículo 8 del Estatuto de Roma, a fin no solo de evitar que, por mor de la eventual entrada en juego del principio de complementariedad de la Corte respecto a las jurisdicciones penales nacionales enunciado en los párrafos cuarto a sexto, noveno y décimo del Preámbulo de dicho Estatuto y concretado normativamente en los artículos 1 y 17 a 20 del mismo, se produzca una entrada en juego de la competencia de la Corte respecto a situaciones o hechos de los que, *prima facie*, pudiera ser competente la jurisdicción penal española[9], sino de cumplimentar el principio *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969; tales desarrollos son, esencialmente, los que introduce el artículo 8.2 b) y e) del Estatuto de Roma en materia de crímenes de guerra, así como la declaración de imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte que formula el artículo 29 del Estatuto.

La ratificación por España, con posterioridad a la aprobación —el 17 de julio de 1998— del Estatuto de Roma, del Protocolo Facultativo de la Conven-

---

convencionales—, siempre que los hechos hayan ocurrido en el contexto o con ocasión de un conflicto armado de carácter internacional —lo que incluye el supuesto de ocupación militar—.

Sin embargo, sí operará respecto de estos delitos de guerra lo dispuesto en el párrafo tercero del aludido apartado 4 del artículo 23, siempre, claro está, que el *"otro proceso"* que se haya iniciado en otro *país competente* —sic.— lo haya sido con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales en el nuestro y se trate, efectivamente, de un proceso judicial de naturaleza penal y no de una mera investigación o procedimiento administrativo o de una actuación judicial instruida en *fraude procesal* para eludir el conocimiento por cualquier Estado *interesado* Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 o en el Protocolo I Adicional de 1977.

8 Instrumento de Ratificación de 24 de octubre de 2000 —BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002—; la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre —BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000— autoriza, por la vía del artículo 93 de la Constitución, la ratificación por España del Estatuto.

9 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 607 a 616; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, en *"Derecho Internacional Humanitario"*, 2ª edición, coordinada por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 863.

ción sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, sobre la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000[10], y, de otra parte, la ratificación por nuestro país del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999[11], que introduce, *inter alia*, la *protección reforzada* de determinados bienes culturales y define o tipifica, en su artículo 15.1, hasta cinco crímenes de guerra o violaciones graves susceptibles de tener por objeto a tales bienes, respecto a las que el artículo 15.2 de dicho instrumento dispone, en su inciso primero, que "*cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente Artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas*"[12], vienen a significar la asunción por el Estado español de la obligación de adaptar su legislación penal interna a los compromisos adquiridos en tales tratados, cuya adopción obedeció, indudablemente, al *fracaso* que, en las materias objeto de dichos instrumentos, supuso el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por último, habían de tenerse en cuenta en orden a esta reforma del Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal otros compromisos convencionales asumidos por España después de 1995, como era el caso de la Convención de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1994 sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado[13] y determinados tratados relativos a la prohibición de ciertas armas, como las bacteriológicas —biológicas— y toxínicas, las químicas y las minas antipersonal[14].

---

[10] Instrumento de Ratificación de 8 de marzo de 2002 —BOE núm. 92, de 17 de abril de 2002—.

[11] Instrumento de Ratificación de 6 de julio de 2001 —BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2004—.

[12] *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 617 y 618; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.*, p. 863.

[13] Instrumento de Ratificación de 11 de diciembre de 1997 —BOE núm. 124, de 25 de mayo de 1999—.

[14] Convenciones de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción —ratificada por España mediante Instrumento de 20 de junio de 1979; BOE núm. 165, de 11 de julio de 1979—; de 13 de enero de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción —ratificada por España mediante Instrumento de 3 de agosto de 1994; BOE núm. 300, de 13 de diciembre de 1996—; y de 18 de septiembre de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento,

Se ha dicho que la innovación legislativa española de 1995, en cuanto paradigmático ejemplo de medida nacional de puesta en práctica o aplicación en tiempo de paz del Derecho internacional humanitario, supuso, en materia de crímenes de guerra, una precisa adaptación del Derecho interno patrio a las prescripciones internacionales orientadas a la punición de ciertos crímenes internacionales que generan responsabilidad penal individual, convirtiéndose el Código Penal español, en este terreno, en un acabado *modelo* para las iniciativas legislativas emprendidas en otros países, asegurando, en el plano interno, la efectiva implementación o aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario cuya finalidad es la punición de las infracciones de éste[15].

II. LA PROPUESTA DEL CEDIH DE 2001 Y LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, EN MATERIA DE CRÍMENES DE GUERRA

La necesidad de adaptar el Código Penal de 1995 a los requerimientos dimanantes, desde su promulgación, tanto de los desarrollos sobrevenidos en el Derecho internacional como de los nuevos compromisos convencionales adquiridos por España, venía no solo aconsejada sino *obligada* por tales circunstancias, razón por la cual se constituyó, en el seno del CEDIH de la Cruz Roja Española, una Comisión de expertos[16] que, a lo largo de 2001, elaboró una "*Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*" que, concluida el 3 de diciembre de dicho año, fue elevada al Gobierno, a principios de 2002,

---

producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción —ratificada por España mediante Instrumento de 19 de enero de 1999; BOE núm. 62, de 13 de marzo de 1999—.

15 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 609 y 610.

16 La Comisión estaba integrada por las siguientes personas: Presidente: Dr. Don José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto; Vocales: Dr. Don Manuel Pérez González, Dr. Don Agustín Corrales Elizondo, Dra. Doña Concepción Escobar Hernández, Don Fernando Pignatelli y Meca, Don José Luis Domenech Omedas, Don Javier Guisández Gómez, Don Luis Bernardo Álvarez Roldán, Dr. Don Francisco Alonso Pérez, Don Juan Manuel García Labajo, Dr. Don José García San Pedro y Don David Suárez Leoz; y Secretario: Don Joaquín López Sánchez. El texto de la Propuesta está publicado en el núm. 78 de la Revista Española de Derecho Militar, julio-diciembre de 2001, pp. 87 a 128.

por la Presidencia de la aludida Sociedad Nacional, siguiendo el sistema utilizado con la Propuesta elaborada por dicho Centro en 1990 y que había dado origen al Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal.

Aun cuando, en principio, no parecía que la admisibilidad de esta concreta Propuesta hubiere de plantear problemas en nuestro Derecho, pues la gran novedad la constituyó, en 1995, la introducción del Capítulo III citado en el Código Penal, incriminando, por vez primera en nuestra historia penal, esta clase de ilícitos fuera del ámbito de los Códigos punitivos castrenses en el que tradicionalmente habían venido siendo residenciados, no constituyendo las adiciones que en 2001 se proponía introducir en aquél texto legal sino una mera ampliación de la regulación existente en pro de lograr su perfecta adaptación a las exigencias que dimanaban en aquél momento tanto de la ratificación del Estatuto de Roma como del tenor de algún otro texto convencional ratificado por España con posterioridad a 1995[17], es lo cierto que, en esta ocasión, incomprensible y lamentablemente, no fue tenida en cuenta en su integridad en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal[18].

Esencialmente, la novedad que, en materia de crímenes de guerra, introdujo la Ley Orgánica 15/2003 en el Código Penal español consistió en modificar los artículos 131.4 y 133.2 del mismo en orden a, entre otros extremos, declarar, en el primero, que *"...los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso"* y, en el segundo, que *"las penas impuestas... por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso"*. La declaración del artículo 131.4 trae su causa de los artículos 1 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad —que no ha sido ratificada por España—, aprobada por Resolución 2391 —XXIII— de la Asamblea General, de 26 de noviembre de 1968 —en la que España se abstuvo—, y 29 del Estatuto de Roma, a cuyo tenor *"los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán"*, aunque este último precepto no se refiere a la imprescriptibilidad de las penas de tales crímenes que se proclama ahora en el artículo 133.2[19].

---

17 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 608 y 609.

18 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, *op. cit.*, p. 864.

19 *Ibidem*, pp. 867 y 868.

En el artículo 614 bis se introduce por la Ley Orgánica 15/2003 una causa de agravación específica —no incluida en la Propuesta de 2001— para los delitos de guerra, consistente en que las conductas típicas del Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal *"formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala"*, lo que viene a reproducir el umbral de gravedad o *chapeau* del párrafo 1 del artículo 8 del Estatuto de Roma como exigencia determinante, *en particular*, de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes de guerra, siendo una de las razones más probables de la que trae causa esta agravante específica la pretensión de enervar una eventual entrada en juego de la competencia de la Corte por mor del principio de complementariedad, castigando, en sede interna, los delitos de guerra de que esta puede conocer —esencialmente, o en particular, los cometidos *"como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes"*— con penas proporcionadas —en caso de concurrencia de esta agravante las penas respectivas se aplicarán en su mitad superior— que eviten una eventual resolución de admisibilidad *ex* artículo 17.1 c) en relación con el 20.3, ambos del Estatuto de Roma[20].

La Ley Orgánica 15/2003 introduce en el Capítulo IV —*"Disposiciones comunes"*— del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal un novedoso y extenso artículo 615 bis mediante el que se incorpora a dicho texto legal el contenido del artículo 28 —*"responsabilidad de los jefes y otros superiores"*— del Estatuto de Roma, al estimar el legislador penal español de 2003 que, en orden al castigo de los delitos comprendidos en el aludido Título XXIV, no resulta suficiente para sancionar a los superiores la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, por establecer determinados requisitos, como el juicio de equivalencia, que dificultan su aplicación en la práctica[21].

---

20 *Ibidem*, pp. 858 y 867.

21 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 707 a 711. La Propuesta del CEDIH de 2001 limitaba o refería exclusivamente el precepto —que en ella era el artículo 616 bis— a los delitos previstos en el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal, es decir, a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, por lo que, como señalamos, *"resultaría necesario dar al artículo una redacción más general si se decidiera tipificar en el Código Penal otros crímenes internaciones como los delitos de lesa humanidad previstos en el artículo 7 del Estatuto de la CPI"* —p. 711—. En cualquier caso, se restringió el juego de este precepto, de gran complejidad, a los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las victimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, *op. cit.*, pp. 874 a 877.

El nuevo artículo 616 bis limita, *a contrario sensu*, la virtualidad de la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de obrar en cumplimiento de un deber a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, excluyendo su operatividad para los delitos de genocidio y lesa humanidad que se incriminan en los Capítulos II y II bis del Título XXIV, ello en cumplimiento de la dogmáticamente tan discutible presunción *iuris et de iure* contenida en el artículo 33.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional[22].

En el artículo 608 se añade un nuevo apartado, con el número 6º —pasando el que ocupaba el indicado ordinal a ser el 7º—, para incluir al "*personal de las Naciones Unidas y personal asociado*", protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994, a tenor de cuyos artículos 1, 9 y 10 España, en cuanto Estado Parte en dicho instrumento, se compromete a incriminar como delitos en su legislación nacional, sancionándolos "*con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad*" —es decir, proporcionadas a esta última—, los hechos enunciados como delitos en el artículo 9.1 de la Convención que se lleven a cabo contra este personal, además de adoptar, de acuerdo con el artículo 10 de dicho tratado, "*las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9*" en los casos que se señala. En razón de ello, y de la inclusión —a propuesta de la Delegación española en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Roma— en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de la protección penal de esta clase de personas tanto en conflictos armados de carácter internacional como sin tal carácter —artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de Roma—, se introduce a esta suerte de personal en la relación de personas protegidas susceptibles de ser sujetos pasivos de los delitos de guerra[23].

En el artículo 610, se añade expresamente, como método de combate prohibido, la orden de no dar cuartel, incriminada en el artículo 8.2 b) xii y e) x del Estatuto de la Corte Penal Internacional[24].

---

22 *Ibidem*, pp. 877 y 878.

23 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 624 a 627; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal españo*l", *op. cit.*, p. 864.

24 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 627 a 630; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.*, p. 885.

La Ley Orgánica 15/2003, siguiendo la Propuesta del CEDIH 2001, introduce en el artículo 611 del Código Penal hasta tres modificaciones o adiciones, provenientes, todas ellas, del Estatuto de Roma. Así, en el apartado 4º —y con origen en el artículo 8.2 a) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional— se añade el confinamiento ilegal a la toma de rehenes y la detención ilegales y se introduce un quinto subtipo, cuyo texto —*"o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa"*—, procedente del artículo 8.2 b) xxiii del Estatuto de Roma, incrimina la utilización de *escudos humanos*[25]; por su parte, en el apartado 5º se añade la frase *"directa o indirectamente"* al verbo *"asiente"* para ajustar la dicción del precepto de manera fiel al texto del artículo 8.2 b) viii del Estatuto de Roma[26].

En el artículo 612 de la Ley Orgánica 15/2003 se introduce, de conformidad con la Propuesta del CEDIH de 2001, un total de dos modificaciones o adiciones. En el apartado 1º se amplía la protección que el precepto ofrece a los *"hospitales, instalaciones o material"*, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8.2 b) ix y xxiv y 8.2 e) ii y iv del Estatuto de Roma y aunque en el artículo 8.2.b) xxv y e) ii de dicho Estatuto se hace mención de los *"edificios"*, el legislador penal español de 2003, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2001, ha preferido el término *"instalaciones"* en lugar del mencionado de *"edificios"*, por entender, como hacía la Propuesta, que el primero describe con mayor amplitud los lugares protegidos por su relevancia para la asistencia sanitaria[27]; y el apartado 2º incluye ahora, entre las personas que pueden ser objeto de los ejercicios menores de violencia distintos del maltrato de obra o de los que se derive un peligro no susceptible de recibir la calificación de grave para la vida, la salud o la integridad, a *"el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho*

---

25 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 637 a 641; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, *op. cit.*, pp. 889 y 890.

26 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 641 y 642; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, *op. cit.*, pp. 890 y 891.

27 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."* *op. cit.*, pp. 645 a 647; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, *op. cit.*, pp. 893 y 894.

internacional", al objeto de adecuar el precepto al artículo 8.2 b) xxiv y e) ii del Estatuto de la Corte Penal Internacional[28].

La bondad de estas dos modificaciones introducidas por el legislador penal español de 2003 en el artículo 612 para nada puede paliar la desafortunada eliminación que la Ley Orgánica 15/2003 llevó a cabo, en el apartado 3º del meritado precepto, de la frase que incriminaba la "*prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pud*or", como se hacía en la Propuesta del CEDIH de 2001, pero sin incluir, a cambio, el nuevo apartado 4º que en dicha Propuesta se contenía, en el que venía a incriminarse, por primera vez en nuestra historia penal, con ligeros retoques, la criminalidad de guerra *de género*, tal y como la misma se concibe en el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma.

En definitiva, la eliminación que se llevó a cabo en 2003 del texto del apartado 3º del artículo 612 de la tipificación de un delito tan execrable como es, en el contexto de conflicto armado, la prostitución inducida o forzada, no puede disociarse de la también inexplicable decisión de no incluir en el artículo 612 el párrafo que —con el ordinal 4º— figuraba en la Propuesta del CEDIH de 2001 relativo a las violencias o agresiones sexuales en dicho contexto —"*violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, y cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra*"—, en línea con la incriminación de la delincuencia de guerra de género que se contiene en el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma[29].

La decisión de no incluir en el artículo 612 el párrafo que figuraba en la Propuesta del CEDIH de 2001 para nada se compadece con el propósito de "*coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional*" que, según su Exposición de Motivos, inspiraba a la Ley Orgánica 15/2003, decisión que, a mayor abundamiento, resulta totalmente incoherente con la tipificación que dicha Ley Orgánica llevaba a cabo, en el artículo 607 bis, como delitos de lesa humanidad, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, de la agresión sexual, el embarazo forzado, la

---

[28] *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 647 a 649; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.*, pp. 894 y 895.

[29] *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 652 a 661; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.*, p. 896.

prostitución y la explotación sexual —aunque no se sigue exactamente tampoco aquí, el tenor del Estatuto—[30]. No cabe duda de que el legislador penal español de 2003 continuaba desconociendo el diferente bien jurídico objeto de tuición en los delitos contra la comunidad internacional —en definitiva, el desvalor de tales ilícitos—, y, tal vez por eso —y, en general, por la escasa importancia que atribuía a los compromisos internaciones asumidos por España y por su desconocimiento del valor de los tratados en nuestro Derecho—, se permitió ignorar tales compromisos o, lo que es peor, *mejorar*, alterándolo, el texto de los tratados que consideró que, en su trasposición a nuestro Derecho, debían en *adaptarse* a sus castizos criterios[31].

En el párrafo a) del apartado 1 del artículo 613 del Código Penal la Ley Orgánica 15/2003 introduce, de conformidad con la Propuesta del CEDIH de 3 de diciembre de 2001, la incriminación de los ataques, represalias o actos de hostilidad contra los bienes culturales bajo protección reforzada, ello al objeto de cumplimentar lo dispuesto por el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999, cuyo artículo 12 prohíbe atacar los bienes culturales bajo protección reforzada[32], y ello aún cuando dicho Segundo Protocolo, si bien ya estaba ratificado por España, no había entrado en vigor, al no haberse depositado veinte Instrumentos de Ratificación —la entrada en vigor, con carácter general y para España, tuvo lugar el 9 de marzo de 2004—.

---

30 *Ibidem*, p. 896. "*La supresión y no incriminación de que se trata constituyen, a nuestro juicio, una auténtica tropelía desde el punto de vista de la política criminal, sólo propia de nóveles oficiantes, que debería ser resuelta en la primera oportunidad que se ofrezca, tipificando como delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado hechos tan execrables como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual, pareciendo oportuno suprimir cualquier referencia al atentado al pudor, pudiendo, en todo caso los hechos de tal índole subsumirse en el tipo general residual del artículo 614...*".

31 No nos atrevemos a suponer que la *desaparición* —que se produjo o tuvo lugar en el Ministerio de Justicia— de estos tipos delictivos obedeciera a criterios relacionados con la postura que, en la Conferencia Diplomática de Roma, habían mantenido sobre la materia las Delegaciones de los Estados islámicos, y de las que fuimos testigos.

32 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 677 a 684; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.*, p. 902.

III. LA PROPUESTA DEL CEDIH DE 2007 Y LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO

1. Gestación y características de la Propuesta del CEDIH de 23 de enero de 2007

La evidente decepción que, no obstante los aspectos positivos que presenta, significó la Ley Orgánica 15/2003 en esta materia de la implementación en sede interna de la protección penal de las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado a que se contrae el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal, no hizo desistir al CEDIH de la Cruz Roja Española de sus esfuerzos en pro de que la incriminación de tales delitos, pionera en el mundo occidental y que ha servido de modelo en la protección penal de las víctimas de la guerra a países europeos e iberoamericanos, se completara debidamente, introduciendo algunos preceptos de nuevo cuño —esencialmente no incluidos en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003 no obstante el tenor de la Propuesta del CEDIH de 2001— y modificando puntualmente algunos aspectos concretos de los tipos ya configurados, sin alterarlos básicamente.

A tal efecto, a lo largo de 2006 una Ponencia constituida en el seno del CEDIH elaboró una Memoria, en la que se contiene una Propuesta de texto articulado de borrador de Anteproyecto de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que fue aprobada en el seno del Centro el 23 de enero de 2007 y elevada por la Presidencia de la Institución al Gobierno de la Nación[33].

A diferencia de lo que ocurrió con la de 2001, esta Propuesta de 2007 fue admitida, casi en su totalidad, por el Gobierno, tal y como resulta del contenido del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de noviembre de 2009 y remitido por el Ejecutivo al Congreso

---

[33] La Ponencia constituida en el CEDIH que redactó la Propuesta de 2007 tenía la siguiente composición: Dr. Don José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Director del CEDIH; Prof. Dr. Don Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional Público de la UCM; Dr. Don Agustín Corrales Elizondo, Magistrado del Tribunal Supremo; Dr. Don Fernando Pignatelli y Meca, General Consejero Togado; y Don Joaquín López Sánchez, Secretario del CEDIH. El texto de la Propuesta está publicado en la Revista Española de Derecho Militar, núm. 92, julio-diciembre de 2008, pp. 273 a 300; *vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, pp. 275 a 277.

de los Diputados[34]. No obstante, es lo cierto que, junto a alguna modificación menor —más bien de léxico—, el Proyecto de Ley Orgánica de 2009 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 no incluye en el Capítulo IV del Título XXIV —relativo a las *"Disposiciones comunes"* a dicho Título— el artículo 616ter de nuevo cuño que figuraba en la Propuesta de 2007, con el que se pretendía por esta incluir los supuestos previstos por el artículo 33.1 del Estatuto de Roma a fin de limitar el juego de la obediencia jerárquica como causa de exención de la responsabilidad en los delitos de guerra que el artículo 616 bis, introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, establece, *a contrario sensu*, para esta clase de delitos, constriñendo, en cumplimiento de la presunción *iuris et de iure* contenida en el artículo 33.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la exclusión de la virtualidad de la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de obrar en cumplimiento de un deber a los delitos de genocidio y lesa humanidad[35].

Con el artículo 616ter la Propuesta del CEDIH de 2007 pretendía incorporar a nuestro Código Penal parte del contenido del artículo 33 —*"Órdenes*

---

34 *Vid.* Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 27 de noviembre de 2009, núm. 52-1. A la hora de justificar la introducción de estas reformas en el texto del articulado del Código, la Exposición de Motivos viene a transcribir, casi en su literalidad, en su antepenúltimo párrafo, el correspondiente párrafo de la Propuesta del CEDIH de 2007 en el que se hace mención de la técnica jurídica empleada en dicha Propuesta; dicho párrafo de la Propuesta de 2007 señala que resulta *"muy conveniente la modificación de algunos aspectos concretos de las normas establecidas y conductas incriminadas en los citados artículos 608 a 614 del Código Penal"*, conveniencia que se deriva de *"la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre) y de su entrada en vigor el 1 de julio de 2002, así como de la ratificación de otros instrumentos de Derecho Internacional Humanitario como la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9 de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de la Haya de 1954, sobre protección reforzada de los bienes culturales, el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949"*. El párrafo primero del apartado XXX del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 reproduce, *expressis verbis*, el anteriormente transcrito, aunque introduciendo alguna alteración en la sintaxis del mismo.

35 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español"*, *op. cit.*, p. 877.

superiores y disposiciones legales"— del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trataba de una norma limitativa y especial relacionada con la aplicabilidad del error de prohibición regulado en el artículo 14.3 del Código Penal y, de forma más remota, con la circunstancia eximente de cumplimiento de un deber prevista en el número 7º del artículo 20 del citado Cuerpo legal, eximente esta que es la única citada en el artículo 616 bis introducido por la Ley Orgánica 15/2003, viniendo ahora la Propuesta de 2007 a recoger en este artículo 616ter el contenido del artículo 616ter que figuraba en la Propuesta de 2001[36] —y que tampoco entonces fue admitido por el Gobierno de la Nación—.

2. *Examen de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 5/2010*

2.1. En materia de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos

En los artículos 566 y 567 de la Sección 1º —*"De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos"*— del Capítulo V —*"De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo"*— del Título XXII —*"Delitos contra el orden público"*— del Libro Segundo del Código Penal se han introducido, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2007, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal —BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010—, que entrará en vigor, según su Disposición final séptima, el 23 de diciembre de 2010, determinadas modificaciones tendentes a adicionar a las armas de destrucción masiva que ya se enunciaban en tales preceptos —armas químicas o biológicas— las minas antipersonal, a las que, en el curso de la tramitación parlamentaria, se han añadido, con iniciativa que solo loas puede merecer, las municiones en racimo, ya que si bien en 2007, a la hora de redactarse la Propuesta del CEDIH, no existía un texto convencional referente a tal clase de munición, es lo cierto que el 8 de junio de 2009 nuestro país ratificó la Convención sobre municiones en racimo hecha en Dublín el 30 de mayo de 2008[37]; y, por otro lado, se añade a las conductas típicas previstas

---

36 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, p. 712.

37 Instrumento de Ratificación de 8 de junio de 2009 —BOE núm. 68, de 19 de marzo de 2010—. La Convención ha entrado en vigor con carácter general y para España con fecha 1 de agosto de 2010, de conformidad con lo establecido en su

en el artículo 566 otras que el precepto, en su redacción original, no abarcaba, cual es la no destrucción de las armas de destrucción masiva a que el mismo ahora se refiere —armas químicas, biológicas, minas antipersonal y municiones en racimo—, "*con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte*", viniendo así a garantizarse penalmente el cumplimiento de esta concreta —y esencial, a efectos de la erradicación de esta suerte de armas— obligación convencionalmente asumida.

Es lo cierto que, en relación con las armas químicas, la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación del Código Penal, introdujo en los artículos 566 y 567 de este —en línea con la Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas y el Real Decreto 663/1997, de 12 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de la autoridad nacional para la prohibición de las armas químicas— la previsión del castigo de los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de, entre otras, tales armas.

Por su parte, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó los artículos 566 y 567 en el sentido de añadir a las armas químicas las biológicas y disponer, en el inciso segundo del párrafo primero del apartado 1 del artículo 567, que "*se considera depósito de armas químicas o biológicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas*".

A tenor del artículo 1 de la Convención de Ottawa de 18 de septiembre de 1997, sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, los Estados Partes en ella se comprometen a no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal, no ayudar, estimular o inducir a estas actividades prohibidas y destruir o asegurar la destrucción de estas armas, mientras que, conforme a su artículo 9, en el que se fijan las "*medidas de aplicación a nivel nacional*", los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legales, incluyendo la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida en la Convención[38]. La Ley 33/1998, de 5 de octubre —BOE núm. 239, de 6 de octubre de 1998—, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar, dio cumplimiento, por parte de España, a aquellas obligaciones asumidas, salvo en lo atinente a la represión penal, concreta obligación ésta a la que ahora viene a darse cumplimiento.

---

artículo 17 —es decir, a los seis meses de la fecha de depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión—.

[38] *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit*., p. 278.

Respecto a las municiones en racimo, el apartado 1 del artículo 1 de la Convención sobre municiones en racimo, hecha en Dublín el 30 de mayo de 2008, prohíbe el empleo, desarrollo, producción, adquisición de un modo u otro, almacenamiento, conservación, transferencia a nadie, directa o indirectamente, de tales municiones, así como ayudar, alentar o inducir a nadie a participar en una actividad prohibida a un Estado Parte según lo establecido en la Convención, estipulando, por su parte, el apartado 2 de este artículo 1 que lo dispuesto en el referido apartado 1 se aplica, *mutatis mutandis*, a bombetas explosivas que están específicamente diseñadas para ser dispersadas o liberadas de dispositivos emisores fijados a aeronaves.

A tal efecto, ahora, dentro del apartado 1 del artículo 566, se modifican los ordinales 1º y 3º, con el fin de incluir las *"minas antipersonas o municiones en racimo"* entre las armas cuya fabricación, comercialización o depósito se amenaza, ello a fin de cumplimentar los compromisos convencionales asumidos por nuestro país.

Por su parte, en el apartado 2 de este artículo 566, tras incluir las minas antipersonal o municiones en racimo junto a las armas químicas o biológicas —en coherencia con lo que se ha hecho en los ordinales 1º y 3º del apartado precedente—, se adiciona la frase *"o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte"*.

Esta omisión en que la no destrucción que ahora se incrimina consiste se refiere, obviamente, no solo a las minas antipersonal y municiones en racimo, sino a las armas biológicas —el artículo 1 de la Convención de 10 de abril de 1972, sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción, establece, en su artículo I, el compromiso de los Estados Partes en ella de no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener tales armas; en su artículo II el de destruirlas o desviarlas hacia fines pacíficos lo antes posible; y en su artículo III el de no traspasarlas a nadie y no ayudar, alentar o inducir a fabricarlas o adquirirlas[39]— y a las químicas —la Convención de 13 de enero de 1993, sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, establece, en su artículo I, que cada Estado Parte adquiere la obligación de no desarrollar, producir, adquirir de otro modo, almacenar, conservar ni transferir armas químicas, no emplearlas, no iniciar preparativos militares para su empleo, no ayudar, alentar o inducir a cualquier actividad prohibida y comprometerse a destruir las referidas armas, mientras que su artículo VII obliga a cada Estado Parte

---

39 *Ibidem*, p. 278.

a promulgar leyes penales en relación con las actividades prohibidas por la Convención[40]—, por lo que se ha venido ahora a dar cumplimiento exacto a las obligaciones asumidas por España en 1979 y 1994.

Finalmente, la modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 567 no tiene otro objeto que adicionar las minas antipersonal y municiones en racimo a las armas químicas o biológicas, en coherencia con la modificación llevada a cabo en el artículo que antecede. Es de destacar que la omisión de que, en el último inciso del párrafo segundo del apartado 2 de este artículo 567, adolecía la Propuesta del CEDIH de 2007, ha sido corregida, loablemente, por el legislador penal de 2010, ya que, a la hora de definir el *desarrollo* de las armas de mérito como "*cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o a la modificación de una preexistente*", se dejaba de adicionar, junto al arma química o biológica, la "*mina antipersona o munición en racimo*", tal y como, finalmente, se ha acertado a hacer en sede parlamentaria.

Continúa, no obstante, pareciéndonos inexplicable que, a pesar de las múltiples modificaciones introducidas en estos preceptos continúe denominándose en ellos armas "*biológicas*" a lo que, en la Convención de 1972, son las armas "*bacteriológicas (biológicas) y toxínicas*", simplificación que pudiera acarrear consecuencias de impunidad, pues el respeto del principio de legalidad, en su vertiente de garantía criminal, podría impedir incriminar conductas referidas a armas toxínicas.

Cabe señalar, por último, que, desde el punto de vista de la mera sintaxis podría haberse prescindido de la utilización sucesiva de la disyuntiva "*o*" a la hora de enumerar las armas a que los artículos 566 y 567 se refieren, que tenía su razón de ser cuando las que se enunciaban en ellos eran únicamente las químicas y biológicas, pero que no es sino una mera incorrección impropia de un texto legal cuando se usa como ahora se hace.

2.2. En materia de la prescripción de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y de sus penas

La Ley Orgánica 5/2010, de conformidad con lo que al efecto se recoge en la Propuesta del CEDIH de 2007, modifica el apartado 4 del artículo 131 del Código Penal, intercalando la frase "*salvo los castigados en el artículo 614*"

---

40 *Ibidem,* pp. 278 y 279.

—que ya figuraba en la Propuesta de 2001 y que no fue admitida entonces— en el texto aprobado en 2003.

La necesidad de excluir de la imprescriptibilidad, proclamada en el apartado 4 del artículo 131 para los delitos de guerra, a los que se configuran en el artículo 614 del Código Penal se justifica por la Propuesta del CEDIH de 2007 en *"la menor gravedad de las conductas incriminadas en el tipo general residual del artículo 614, que castiga actos contrarios y simples infracciones que no alcanzan la entidad de los llamados crímenes de guerra o infracciones graves del Derecho internacional humanitario o Derecho internacional de los conflictos armados, a los que se refiere la imprescriptibilidad establecida en el Estatuto de Roma"*[41].

En efecto, partiendo de que no existe para los Estados obligación jurídica convencional de sancionar penalmente los actos contrarios o simples infracciones de la normativa prevista en los tratados en que se contiene el Derecho internacional humanitario[42], de manera que el artículo 614, tanto en la redacción dada al mismo en 1995 como en la que le confiere la Ley Orgánica 5/2010, no es sino un tipo general residual en el que se recogen cualesquiera infracciones de la normativa convencional humanitaria o del Derecho internacional de los conflictos armados que no hayan merecido una consideración delictual pormenorizada o específica en los preceptos que anteceden a éste, no cabía proclamar, como se hizo en 2003, la imprescriptibilidad de las actuaciones u omisiones que en el mismo se incriminan.

En definitiva, la redacción dada en el apartado 4 del artículo 131 por la Ley Orgánica 15/2003, al suprimir la frase "*salvo los castigados en el artículo 614*" que se contenía en la Propuesta del CEDIH de 2001 y que ahora se adiciona al texto del precepto, convertía en imprescriptibles una serie de delitos de guerra cuyo origen no es otro que la voluntad —loable— del legislador español de 1995 de no dejar sin sanción penal en nuestro Derecho un conjunto de violaciones menores del acervo convencional de mérito respecto a las que dicha normativa sólo impone a los Estados Partes en ella la obligación de tomar "*las oportunas medidas para que cesen*" o de "*adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen*".

Por otro lado, resulta obvio, a la vista de los artículos 1 y 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad aprobada por la Resolución 2391

---

41 *Ibidem*, pp. 293 y 294.

42 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, p. 718.

—XXIII— de la Asamblea General, de 26 de noviembre de 1968, que no existe, conforme establece el artículo 4 de la misma, obligación jurídica alguna de adoptar medidas legales para consagrar en sede interna, a tenor del artículo 1 de la Convención, sino la imprescriptibilidad de *"a) los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra..."*[43]. Y lo mismo se desprende del tenor del artículo 29 del Estatuto de Roma, que limita la imprescriptibilidad a los crímenes de la competencia de la Corte, crímenes entre los que no se encuentran los que se conminan en el artículo 614, respecto a los cuales la declaración de su imprescriptibilidad rebasa, con mucho, el tenor de la Convención de 26 de noviembre de 1968.

La escasa gravedad de la pena prevista para sancionar estas conductas es buena prueba del *exceso* que comportaba declarar la imprescriptibilidad de las mismas, que no tenía otra razón de ser que la falta de seguimiento por el legislador penal de 2003 de la Propuesta del CEDIH de 2001 en su integridad, eliminando —por razones que solamente a él se le alcanzan— la frase que ahora se introduce en el precepto a fin de dimensionarlo en términos razonables.

La Propuesta de 2007, recogida sin modificación alguna en la Ley Orgánica 5/2010, viene a poner coto a este exceso, si bien continúa declarando imprescriptibles todos los delitos comprendidos en los artículos 609 a 613 sin base jurídico-convencional para ello —salvo los incardinados en tales preceptos que traen causa de las infracciones graves de los Convenios de 1949, así como del artículo 8 del Estatuto de Roma—.

En efecto, como acabamos de decir, en el artículo 131.4 se continúa declarando imprescriptible un amplio elenco de tipos penales que no traen causa de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra 1949 ni del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es decir, los que tienen su origen en las infracciones graves del Protocolo I Adicional y en aquellos actos contrarios o simples infracciones que el legislador penal español, siguiendo el sistema mixto de tipificación o incriminación, ha configurado como tipos específicos, sobre todo en el artículo 612, que, por su naturaleza, considera acreedores a una individualización penal específica y a una pena más aflictiva

[43] *Ibidem*, pp. 716 y 717.

—y respecto a los que, naturalmente, no puede operar el principio de jurisdicción universal—.

Por otra parte, y como lógico corolario de la modificación del artículo 131.4, se modifica el apartado 2 del artículo 133, a fin de, intercalando la frase "*salvo los castigados en el artículo 614*", excluir las penas impuestas por razón de delitos de guerra previstos en este último precepto de la imprescriptibilidad general de las recaídas por delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se consagra desde 2003 en este apartado.

En el párrafo primero de este apartado 2 del artículo 133 —se adiciona un párrafo segundo para consagrar la imprescriptibilidad de las penas impuestas por delitos de terrorismo si estos hubieren causado la muerte de una persona— se viene a dar solución al problema creado por el legislador de 2003 al suprimir del texto de la Propuesta del CEDIH de 2001 la frase que ahora se adiciona.

Aunque en la Propuesta de 2007, insistiendo en el criterio expresado en la de 2001, se afirma que "*para justificar esta excepción son válidos los argumentos expuestos al fundamentar la anterior propuesta similar formulada en la modificación del artículo 131 del Código Penal*"[44], seguimos creyendo que tal afirmación es exacta en lo que atañe a que, al igual que ocurre respecto a la modificación del artículo 131.4, la del artículo 133.2 viene a poner *cordura* en relación con las penas —de seis meses a dos años de prisión— susceptibles de ser impuestas, mediante el tipo general residual, a tipos delictivos de guerra que no son sino la elevación a la categoría de delito autónomo de simples infracciones o actos contrarios, pero, sin embargo, no nos parece que podamos compartir dogmáticamente el argumento relativo al artículo 29 del Estatuto de Roma —que, ciertamente, en la Propuesta de 2007 se utiliza, al igual que se hacía en la de 2001— para justificar esta excepción a la regla general de nuestro Derecho penal de la prescripción de las penas.

En efecto, el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, en puridad, no obliga a consagrar en el Derecho interno la imprescriptibilidad de los delitos de la competencia de la Corte, aún menos obliga a los Estados Partes en el Estatuto a adoptar medidas legales para consagrar en su ordenamiento interno la imprescriptibilidad de las penas de los delitos de que se trata. Dicho precepto sólo cobraría virtualidad en caso de falta de previsión interna de la imprescriptibilidad de tales delitos como determinante de la puesta en marcha del mecanismo de activación de la competencia de la Corte,

---

[44] *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 294.

permitiendo a esta, a través del principio de complementariedad, enjuiciar, entre otros supuestos, aquellos delitos de su competencia cuyo conocimiento no resulte posible en sede jurisdiccional interna por haber de apreciarse en relación con ellos el instituto de la prescripción. Y, desde luego, ni en el artículo 29 ni en ningún otro del Estatuto de Roma se hace expresa referencia a la imprescriptibilidad de las penas impuestas por tales delitos, a diferencia de lo que, como hemos señalado en relación con el artículo 131.4, se proclama explícitamente en el artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968[45].

En suma, que para despejar las dudas que respecto de la imprescriptibilidad de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y de sus penas, aun en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 a los artículos 131.4 y 133.2 del Código Penal, siguen planteándose en razón de las implicaciones constitucionales que la misma pudiera comportar, dada la carencia de una fundamentación jurídico-internacional positiva que permitiera justificar, sin género alguno de duda, desde un punto de vista formal —desde el punto de vista ético creemos que queda fuera de toda duda—, la procedencia de la imprescriptibilidad de los delitos —y sus penas— que traigan causa de las infracciones graves del Protocolo I Adicional de 1977 —la de los crímenes que sean trasposición de los del artículo 8.2 a), b), c) y e) del Estatuto de Roma encuentra su fundamentación en este tratado ratificado por España—, resultaría muy conveniente que procediera España a ratificar la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, pues ello despejaría cualquier duda formal acerca de la adecuación constitucional de la declaración legal de la imprescriptibilidad de estos delitos y de sus penas[46].

En todo caso, y por coherencia con la modificación introducida en el artículo 616 por la Ley Orgánica 5/2010, debieran haberse excepcionado también de la imprescriptibilidad que se proclama en los respectivos párrafos primeros de los artículos 131.4 y 133.2 los delitos previstos en los apartados 2 y 6 del artículo 615 bis y sus penas.

---

45 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 716 a 719.

46 *Ibidem*, p. 717.

2.3. En materia de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado del Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal

La frase con la que se abre el apartado XXX del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 —*"las normas de desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional... han puesto de relieve la necesidad de adecuar los delitos contra la comunidad internacional"*— resulta sumamente desacertada.

La necesidad de *"adecuar"* —sic.— los delitos de lesa humanidad y de guerra deriva no de las *"normas de desarrollo del Estatuto de Roma"* —¿cuáles son esas *"normas"*?—, sino de este mismo, es decir, de la ratificación por España de dicho tratado, a la vista de la incompleta adaptación de nuestra legislación penal al mismo que llevó a cabo la Ley Orgánica 15/2003. El legislador penal español de 2010, que parece que desconoce, como el de 2003, los más básicos rudimentos del sistema de la Corte Penal Internacional, bien pudo hacer uso del cuidado texto de la *"Exposición de Motivos"* que, en previsión de esta clase de tropiezos —tan frecuentes y de los que se traduce la ignorante y folclórica prepotencia de quienes se permiten legislar en esta materia ajenos de todo conocimiento sobre ella— se hacía constar en la Propuesta del CEDIH de 2007[47]. Se ha caído, de nuevo, en el ridículo.

a) El artículo 611

Se añaden a este precepto dos nuevos ordinales, con los números 8º y 9º, siendo la finalidad de esta modificación traer a nuestro ordenamiento conductas no previstas en él y que ahora se incriminan el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

a) En el ordinal 8º, de nuevo cuño, se castiga a quien *"declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa"*, trayendo así a nuestro Derecho la acción que se conmina en el artículo 8.2 b) xiv del Estatuto de Roma, que trae, a su vez causa de los artículos 23 H) del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anejo a la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 y 64 y siguientes *in fine* del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949[48].

---

47 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit*., pp. 294 a 296.

48 *Ibidem*, pp. 297 y 279 y 280; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 642 y ss. *"...es de reseñar*

Como ya se sugería en las Propuestas del CEDIH de 2001 y de 2007[49] se ha añadido a la dicción del artículo 8.2 b) xiv del Estatuto de la Corte Penal Internacional la frase "*Juez o*", para comprender exactamente en la literalidad del precepto de que se trata a los órganos jurisdiccionales unipersonales además de los colectivos, a los que únicamente se hace referencia expresa en el Estatuto de Roma[50].

La *acción típica* puede adoptar, alternativa e indistintamente, las modalidades de *abolición* —o declaración, mediante una disposición legal, de que se suspende o revoca un derecho o acción—, *suspensión* —es decir, dejar temporalmente sin aplicación ese derecho o acción— y *declaración de inadmisibilidad* —o manifestación de no tolerarse el ejercicio de un derecho o acción—[51].

La conducta que ahora se incrimina presenta ciertas concomitancias con la consistente en privar a prisioneros de guerra o personal civil "*de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente*", infracción muy grave contra personas protegidas que se castiga en el último inciso del ordinal 3º de este artículo 611, si bien en el ordinal 8º que ahora se ha añadido al precepto de mérito el sujeto pasivo no se constriñe o reduce a los prisioneros de guerra y personas civiles, y, por ende, los derechos o acciones que se declaren abolidos suspendidos o inadmisibles ante los órganos jurisdiccionales unipersonales o colectivos no se limitan, tan solo, a las garantías judiciales convencionalmente previstas para aquellas dos clases de personas protegidas en los artículos 84 y 104 a 106 del Convenio III de Ginebra y 64, 65, 67, 71 a 74 y 117 del Convenio IV, ambos de 1949 y 75.3 a 7 del Protocolo I Adicional y 6 del Protocolo II Adicional, ambos de 1977, sino que abarcarán, con carácter general, cuantas garantías, tanto procesales como sustantivas, y ya sean de índole penal o de cualquiera otra especie, pertenezcan o sean debidas a cualquier nacional de la parte adversa[52];

---

que el artículo 23 del Reglamento Anejo a la Convención II de La Haya de 29 de julio de 1899 no prevé expresamente esta conducta, prohibición que sólo puede entenderse contenida en el artículo 46 in fine del Reglamento Anejo a este último tratado". En consecuencia, no acierta la Propuesta del CEDIH de 2007 cuando afirma —p. 280— que "*el fundamento de esta tipificación es el artículo 23, apartado h) de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907...*".

49 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, p. 102; Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 297.

50 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, p. 643.

51 *Ibidem*, p. 643; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*". Revista Española de Derecho Militar, núm. 75, enero-junio de 2000, p. 316.

52 *Ibidem*, p. 316.

en todo caso, cuando la conducta típica tuviere por únicos destinatarios a los prisioneros de guerra o personas civiles antedichos y se redujera a la negación o privación a estas concretas personas protegidas de un juicio regular e imparcial, en los términos señalados en los antealudidos Convenios III y IV de 1949, se subsumiría aquella en el ordinal 3º de este artículo 611[53].

En definitiva, en el ordinal 8º se contiene ahora el *tipo básico*, mientras que en el 3º se configura un *tipo cualificado* de esta infracción de las garantías judiciales y procesales, si bien la pena a imponer en uno y otro caso es la misma, en razón de constituir, una y otra conducta conminadas, gravísimas violaciones del Derecho internacional humanitario que conculcan los derechos y garantías que a las personas protegidas otorgan tanto nuestra legislación interna como los tratados internacionales suscritos por España, razón que justifica la elevada extensión de la pena prevista —la misma que la del homicidio—.

Los derechos y acciones cuya abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad constituye el núcleo de la acción típica no se reducen al ámbito penal, sino que son todos aquellos, propios de cualesquiera ramas del derecho, que integren el acervo jurídico u ordenamiento en su conjunto que resulte aplicable a la víctima y que, por ende, tenga esta derecho a ejercitar y a que le sea aplicado[54].

Resultará irrelevante a efectos de la configuración del tipo delictivo el vehículo normativo o la forma a través de la cual el actor declare o exteriorice su decisión abolitoria, suspensiva o de inadmisibilidad[55].

En el eventual *sujeto pasivo* o destinatario de la conducta típica habrá de concurrir, únicamente, la *circunstancia cualificante* de que sea *nacional de la parte adversa* o enemiga, de manera que la víctima puede no ostentar la condición de persona protegida —la declaración puede ir dirigida o tener por objeto únicamente a los combatientes enemigos—, lo que implica que la conducta no será constitutiva de este delito, por falta de tipicidad de la misma, si la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad tienen por objeto los derechos o acciones tanto de los connacionales del agente —a salvo, naturalmente, el caso de que el conflicto armado de carácter internacional en cuyo contexto se incardine aquella conducta sea un conflicto interétnico, y a menos, igualmente, de que fuera un conflicto armado de carácter no internacional— como

---

53 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 643 y 644; sobre la infracción muy grave contra personas protegidas del artículo 611.3º, *ibidem,* pp. 382 a 399.

54 *Ibidem*, pp. 644 y 645.

55 *Ibidem*, p. 644.

de súbditos de Estados neutrales o no Partes en el conflicto armado internacional en cuyo contexto tenga lugar la conducta[56], lo que no significa que esta no pueda, en tales casos, incardinarse en otro precepto del Código Penal[57].

El *dolo específico* vendrá integrado por la intención o propósito del autor de que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad estén dirigidas contra los nacionales de una *parte adversa* o enemiga —la utilización del vocablo "*parte*" con minúscula pretende, sin duda alguna, hacer extensivo este delito al supuesto de comisión del mismo con ocasión de un conflicto armado sin carácter internacional, en línea con la ampliación de la protección penal que se arbitra en el Código Penal español para las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de carácter internacional a tales personas y bienes en caso de conflicto armado sin tal carácter, de forma que las víctimas de la guerra tengan, en todas las circunstancias, protección penal específica aunque se trate de un conflicto armado interno[58]— y produzcan sus efectos privativos de derechos sobre tales personas[59].

Se trata de un delito *de mera actividad*, que no requiere, para su integración o consumación, de resultado alguno, pues basta la simple declaración abolitoria, de suspensión o de inadmisibilidad para perfeccionar la acción incriminada, sin que resulte preciso para ello que ningún nacional de la parte adversa sufra una efectiva abolición, suspensión o inadmisión de los derechos o acciones que se proponga ejercitar o se encuentre ejerciendo ante órganos judiciales propios —en caso de territorios bajo ocupación— o del enemigo, supuestos estos en los que esa efectiva abolición, suspensión o inadmisión comportará, en su caso, la imposición de la pena que corresponda mediante el sistema de concurso ideal con la prevista en este artículo 611.

El principio de jurisdicción universal no surtirá efectos en relación con este precepto, dado que el mismo trae causa del artículo 8 del Estatuto de Roma.

b) El ordinal 9º que la Ley Orgánica 5/2010 añade al artículo 611, posibilita que se castigue ahora al que "*atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual*".

---

[56] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., pp. 316 y 317.

[57] *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 644.

[58] *Ibidem*, p. 129.

[59] *Ibidem*, p. 645.

Este nuevo tipo penal que se añade en 2010 al artículo 611 reproduce, si bien no en su literalidad, el texto que se contenía en la Propuesta del CEDIH de 2007[60], que transcribe, aun cuando tampoco exactamente, el texto del ordinal 4º que en la Propuesta del CEDIH de 2001 se proponía añadir, asimismo de nuevo cuño, al artículo 612[61].

Se viene ahora a solucionar la desafortunadísima decisión —por lo que atañe a la prostitución inducida o forzada—, plasmada en la Ley Orgánica 15/2003, que, tras eliminar del cuerpo del ordinal 3º del artículo 612 la frase "*prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor*", no incluyó en este precepto el texto del ordinal 4º que figuraba en la Propuesta del CEDIH de 2001 relativo a las violencias o agresiones sexuales, en línea con la incriminación de la delincuencia de guerra de género que se lleva a cabo en el artículo 8.2 b) xii y d) vi del Estatuto de Roma, lo que, desde luego, para nada se compadecía con el propósito de "*coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional*" que, según su Exposición de Motivos, inspiraba a aquella Ley Orgánica, eliminación que, a mayor abundamiento, resulta incoherente con la tipificación, en el artículo 607 bis, como delitos de lesa humanidad, de la agresión sexual, el embarazo forzado, la prostitución y la explotación sexual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma[62].

---

60 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 297.

61 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, pp. 120 y 121 y 103.

62 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.*, p. 896. La acerba crítica que esta inexplicable, e inexplicada, no tipificación —debida a la no inclusión de este ordinal en el Proyecto de Ley Orgánica remitido al Congreso de los Diputados por el Gobierno— mereció se confirma hoy con la inclusión, como entonces debió hacerse, de estas figuras delictivas entre los delitos de guerra: "*la supresión y no incriminación de que se trata constituyen, a nuestro juicio, una auténtica tropelía desde el punto de vista de la política criminal, solo propia de noveles oficiantes, que debería ser resuelta en la primera oportunidad que se ofrezca, tipificando como delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado hechos tan execrables como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual, pareciendo oportuno suprimir cualquier referencia al atentado al pudor, pudiendo, en todo caso, los hechos de tal índole subsumirse en el tipo general residual del artículo 614 por imposición de los artículos 27 del Convenio IV, 75.2 b) y 76.1 del Protocolo I Adicional y 4.2 c) del Protocolo II*"; Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 280. En relación a la modificación del número 3º del artículo 612 del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, se afirma que "*realmente resulta poco comprensible esta reforma, no propuesta por Cruz Roja Española, a la vista del contenido de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*".

En definitiva, no se entendía fácilmente la preterición que se llevó a cabo en 2003 en nuestro Código Penal de tipos criminales de guerra configurados en el Estatuto de Roma y consolidados, a mayor abundamiento, por numerosa jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda y que, paradójicamente, se incriminaban por la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 607 bis de dicho Cuerpo legal como delitos de lesa humanidad, crímenes que, en nuestro entorno jurídico, se recogen puntualmente en el Código de Derecho Penal Internacional de Alemania —parágrafo 8, apartado 1, número 4, de la Sección 2— y en la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos —parágrafo 2, Sección 5, apartado 3, letras a) y b)—[63].

El texto del ordinal 9º del artículo 611 trae causa directa o inmediata del artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que tipifica estas conductas ya se cometan en conflicto armado internacional o sin tal carácter[64]. El precepto encuentra sus antecedentes remotos, por lo que atañe a los conflictos armados de carácter internacional, en los artículos 27 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y 75.2 b) y 76.1 del Protocolo I Adicional de 1977, y por lo que concierne a los conflictos armados de carácter no internacional en el artículo 4.2 c) del Protocolo II Adicional y en el artículo 4 e) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda[65].

Se ha dicho que frente a la concepción clásica del Derecho internacional humanitario —que, de manera harto reduccionista, venía considerando el honor y la honestidad de la mujer, que residenciaba en el *pudor* de ésta, como el valor o bien jurídico a tutelar con estas prohibiciones en la esfera sexual—, a la que parecía querer seguir aferrada la Ley Orgánica 15/2003, el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional debe calificarse como una gran victoria para la causa de la protección de los derechos de la mujer[66]; creemos que, más bien, constituye o integra un feliz abandono de la tutela de sentimientos o prejuicios estándar hasta entonces imperantes y la laicización del instrumento internacional punitivo en esta materia en orden al logro de la tutela de la *libertad sexual* como parcela básica de la libertad del individuo, sin distinción de género o sexo, puesto que, a diferencia de lo que resultaba

---

63 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit*., p. 281.

64 *Ibidem*, p. 281.

65 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 653.

66 *Vid*. COTTIER, Michael: "*(xxii) Rape and other forms of sexual violence*", en "*Article 8. War crimes*" (COTTIER, Michael, FENRICK, William J., VISEUR SELLERS, Patricia y ZIMMERMANN, Andreas). "*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers'Notes, Article by Article*". Otto Triffterer, editor. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 248.

de la, hasta 1998 casi inexistente, regulación internacional, del análisis del contenido del aludido precepto convencional puede concluirse la irrelevancia tanto del sexo de la víctima de las actuaciones que en el mismo se incriminan —salvo en el supuesto del embarazo forzado, en que sólo una o más mujeres pueden ser sujetos pasivos—, como de la naturaleza —heterosexual u homosexual— de los actos que el sujeto activo practique u obligue a practicar a la víctima, lo que supone el olvido del concepto de moral sexual dominante que, hasta el Estatuto de Roma de 1998, empapaba los vigentes instrumentos del Derecho internacional humanitario, y, por ende, de los intereses indirectos o reflejos secularmente presentes en la normativa internacional, convencional y consuetudinaria, sobre la materia, que, en buena medida, implicaba la tutela mediata de intereses familiares, matrimoniales *strictu sensu* o expectativas matrimoniales; el objeto jurídico de la protección que brindan los llamados crímenes de guerra *de género* que integran los seis subtipos que se cobijan en el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma, y, por ende, en el ordinal 9º del artículo 611 del Código Penal español, se inserta ahora —y esta es, a nuestro entender, la grande, y positiva, novedad del precepto—, en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación en el ámbito sexual, actual o *in fieri* —cuando se refiere a menores[67]—.

La libertad sexual de las personas protegidas que se tutela en este precepto se nutre de los dos aspectos tradicionalmente señalados por la doctrina, a saber, el *dinámico-positivo*, que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad, sin más limitaciones que las que se derivarían, entre otras, del respeto a la libertad ajena, y el *estático-pasivo*, concretado en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas —relaciones *lato sensu*— de contenido sexual y, con mayor motivo, a repeler las agresiones sexuales de terceros[68].

Con respecto a los menores el bien jurídico aquí protegido no es la libre opción sexual sino la libertad sexual potencial o *in fieri*, es decir, la preservación de las condiciones básicas para que puedan alcanzar su libre desarrollo de la

---

[67] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.,* p. 330; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 653 y 654.

[68] *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.,* p. 332; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 655.

personalidad en la esfera sexual[69]. Una cuestión difícil de resolver es la relativa a cual haya de ser, en estos delitos de guerra de género, la edad determinante de la *minoridad* de las víctimas de los mismos, dado el silencio que, al respecto, guardan tanto el propio artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional como los Elementos de los Crímenes correspondientes a tal precepto. Entendemos que, por asimilación a lo prevenido en el artículo 8.2 b) xxvi y e) vii del Estatuto de Roma el límite determinante de la menor edad a estos efectos es el de los quince años —la de dieciocho años sólo produce, según el artículo 26 del Estatuto, efectos excluyentes de la competencia *ratione personae* de la Corte—[70]; no parece lógico fijar una edad superior a los quince años cuando, *ex* artículo 8.2 b) xxvi y e) vii, *a contrario sensu*, del Estatuto de Roma, los mayores de esa edad pueden participar activamente en las hostilidades como combatientes legítimos.

Respecto al *sujeto activo*, y aunque en los Elementos de los Crímenes se señala, tan solo respecto al crimen de guerra de esclavitud sexual, que sus autores podrán ser dos o más personas[71], es lo cierto que es, precisamente, en los crímenes de guerra de esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada y, sobre todo, embarazo forzado, en los que parece obvio que participen varias personas en su perpetración, lo que permite predicar del sujeto activo de todos ellos las notas de *pluralidad* y *propósito común* que los Elementos de los Crímenes expresamente refieren únicamente a la primera de tales figuras delictivas.

La gravedad inmanente de los atentados y agresiones sexuales contra las personas protegidas en situación o contexto de conflicto armado —es decir, incluido el supuesto de ocupación militar— hizo que se estimara insuficiente, en la Propuesta del CEDIH de 2007, sancionarlos con la penalidad prevista en el artículo 612 —que era donde los incardinaba la Propuesta de 2001—, por lo que se han venido ahora a encuadrar o ubicar en el artículo 611, que establece

---

69 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.,* p. 332; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 655.

70 *Vid. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., p. 332.

71 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, Notas a pie de página 52 y 64, a tenor de la primera de las cuales "*dado el carácter complejo*" —sic.— "*de este crimen, se reconoce que sus autores podrán ser dos o más personas con un propósito delictivo común*"; en la Nota 64 se señala que "*habida cuenta de la complejidad de la naturaleza*" —sic— "*de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común*".

una sanción —de diez a quince años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos— que parece más proporcionada o adecuada[72]; y, por otro lado, añadimos, parece cohonestarse mejor la entidad de la pena a imponer en estos delitos de guerra de género con las que —de manera ciertamente deslavazada y, a nuestro entender, ignorante de la trascendencia del bien jurídico protegido en los delitos contra la Comunidad Internacional—, se establecen en los ordinales 2º, 5º, 9º y 10º del apartado 2 del artículo 607 bis, pudiendo entenderse que el legislador penal español de 2010 otorga mayor lesividad a las conductas cometidas en contexto u ocasión de conflicto armado que a las de la misma índole que se lleven a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

La supresión en 2010, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2007, de la cláusula o inciso final que se incluía en la Propuesta de 2001 —"*o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor, que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra*"—, que ha quedado reducida a la frase "*o cualquier otra forma de agresión sexual*", no es, a nuestro entender —y dejando aparte lo atinente al atentado al pudor, a que ya hemos hecho referencia—, acertada.

El ordinal 9º del artículo 611 del Código Penal tiene su fundamento, como hemos dicho anteriormente, en el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma. El texto de este precepto convencional reproduce —aun cuando no en su literalidad, por mor de haber de adaptarse a la naturaleza de crimen de guerra que adoptan las acciones típicas que en él se integran— el del artículo 7.1 g) del meritado Estatuto, salvo en la exigencia de que las otras formas de violencia sexual también constituyan una infracción grave de los Convenios de Ginebra —es decir, de las enunciadas en los artículos 50 del I, 51 del II, 130 del III o 147 del IV— o del artículo 3 común a tales Convenios, según aquellas violencias sexuales distintas de las cinco expresamente enunciadas se cometan en el contexto o con ocasión de un conflicto armado de carácter internacional o sin tal carácter[73].

La necesidad de que cualquier otra forma de agresión sexual constituya, en los términos dichos, una infracción grave de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 era, en la Propuesta del CEDIH de 2001, una exigencia de respeto a los límites que determina el principio de legalidad, en su aspecto

---

[72] *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 280.

[73] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., pp. 330 y 331.

de garantía criminal y taxatividad, que, como tal, viene impuesta expresamente en el artículo 8.2 b) xxii —“*cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra*”— y e) vi —“*cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra*”—, pudiendo entenderse que aquella fórmula omnicomprensiva engloba la infracción grave tanto de los artículos 50 del Convenio I, 51 del II, 130 del III y 147 del IV como del artículo 3 común a dichos cuatro Convenios.

Esta cláusula o referencia final del artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional limita la aplicación del precepto a los supuestos de realización por el agente de actos sexuales que no puedan subsumirse en ninguna de las cinco concretas conductas que en él se incriminan con anterioridad, o de haber obligado a la víctima, por la fuerza o por la amenaza de la fuerza, o mediante coacción, a realizar un acto de naturaleza sexual, siempre que tales actuaciones puedan equipararse, por su execrabilidad o gravedad, a la tortura o trato inhumano, a la causación deliberada de grandes sufrimientos físicos o mentales, al atentado grave a la integridad física o a la salud o a matar o lesionar a una persona fuera de combate, hechos, estos últimos, previstos, como crímenes de guerra autónomos, en el artículo 8.2 a) ii y iii y b) vi del Estatuto de Roma[74] y en el artículo 609 del Código Penal español.

En suma, esta injustificada —el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 se limita a señalar que se castiga “*expresamente*” [sic.]— ¿de qué otra manera podría hacerse sin vulnerar el principio de legalidad? —“*a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual*”— modificación del texto del artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma, introduce en la tipificación que se configura en el artículo 611.9º del Código Penal un exceso incriminador y sancionador que, a la primera ocasión, debería ser corregido, reconduciendo el sexto y último subtipo a sus justos límites.

En los seis supuestos o conductas que el ordinal 9º de mérito engloba, y que integran otros tantos subtipos delictivos, estamos ante delitos *de resultado material*, pues, en todos ellos, la conducta del sujeto activo debe producir u ocasionar en la víctima, o en relación con ella, de manera efectiva, una penetración, el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, la realización, inducida o forzada, de actos de naturaleza sexual con finalidad lucrativa, el embarazo y posterior confinamiento hasta el alumbramiento, la privación de

---

[74] *Ibidem*, p. 331.

la capacidad de reproducción biológica o la realización, mediante la imposición, de contactos o relaciones sexuales de determinada gravedad, resultados, todos ellos, afectantes a la libre autodeterminación sexual individual, además de atentatorios a otros bienes o valores merecedores de tutela —como la libertad de deambulación, la integridad física, etc.—[75].

La morfología de alguno de los subtipos que se incardinan en el ordinal 9º de que se trata difiere, como veremos a continuación, de algunas de las figuras homólogas que se configuran en otros preceptos del Código Penal, y ello en razón de que los respectivos crímenes del artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional de que aquellos traen causa, así como los Elementos de tales crímenes, introducen determinadas especificidades o particularismos en la configuración de estas nuevas figuras penales que les confieren una singularidad propia.

No regirá, respecto a ninguno de los seis subtipos que se integran en este ordinal 9º de nueva factura del artículo 611 del Código Penal, el principio de jurisdicción universal[76].

En los subtipos de violación, prostitución forzada, esterilización forzada y otras formas de agresión sexual se confiere a la concurrencia del *libre consentimiento* del sujeto pasivo relevancia como causa de justificación de la conducta del agente, lo que comporta que, de apreciarse el libre —es decir, voluntario y no viciado— consentimiento de la víctima, siempre que sea ésta mayor de quince años y capaz, la actuación del agente resultará impune por no ser antijurídica[77].

La antijuridicidad de la actuación del agente quedará, pues, enervada cuando la misma venga justificada por el consentimiento válida, libre o voluntaria, espontánea, consciente y expresamente emitido por la víctima. Es decir, que habrán de concurrir en dicho consentimiento, *acumulativamente*,

---

75 *Ibidem,* p. 332; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 655.

76 *Ibidem,* p. 661.

77 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., pp. 331 y 332. Para entender el significado y contenido de la expresión *libre consentimiento*, han de ponerse en relación las Notas a pie de página 51 y 55 y 63 y 67 de los Elementos de los Crímenes, a cuyo tenor "*se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad*" y "*se entiende que la expresión «libre consentimiento» no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño*"; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.,* pp. 481 y 654.

las condiciones o requisitos de *validez* —lo que implica la irrelevancia o falta de efectos excluyentes de la antijuridicidad del otorgado por menores o incapaces—, *voluntariedad* o *espontaneidad* —en correspondencia con la teoría del consentimiento dominante, que trata de evitar las consecuencias anudadas al mismo cuando haya sido manipulado por terceros o prestado en condiciones análogas al miedo insuperable o trastorno mental transitorio, entendiéndose la voluntariedad o espontaneidad como ausencia de coacción o intimidación que vicien la voluntad— y *emisión expresa y consciente* —lo que implica la negación de toda pretendida eficacia del consentimiento presunto en caso de incapacidad o imposibilidad de prestarlo la víctima personalmente y la exigencia de ausencia de vicios relevantes en la obtención del consentimiento, que ha de ser *consentimiento informado*—[78].

➢ El primero de los subtipos que se incardinan en el ordinal 9º del artículo 611 corresponde a la *violación*.

La *acción típica* consiste, según los Elementos de los Crímenes[79], en que el autor haya *invadido* el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado *la penetración*, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo, siempre que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento[80].

---

78 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, pp. 331 y 332; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., pp. 481, 654 y 655. Según las Notas a pie de página 55 y 67 de los Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, "*se entiende que la expresión «libre consentimiento» no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño*".

79 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-1, elementos 1 y 2 y e) vi-1, elementos 1 y 2.

80 El concepto de "*invasión*" según las Notas a pie de página 50 y 62 de los Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, "*se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género*". Y, según el artículo 7.3 del Estatuto de Roma, "*a los efectos del presente Estatuto, se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá mas acepción que la que antecede*".

Los elementos caracterizadores de este subtipo criminal son la utilización de la violencia —fuerza— o la intimidación instrumentales al atentado sexual, unida a la penetración, elementos que deslindan esta conducta de cualquiera otra de las incriminadas en el ordinal 9º verificada sin el consentimiento, sin más, de la víctima; como medios comisivos alternativos pueden, pues, utilizarse la *vis física* proyectada sobre el cuerpo de la víctima o la *vis compulsiva* o amenaza, de palabra u obra, de causar un daño injusto de entidad suficiente para ocasionar un constreñimiento psicológico en el sujeto pasivo de tal seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad que genere en la víctima el convencimiento de autenticidad e inminente materialización de la amenaza que lleve a aquella a soportar o no impedir el contacto sexual[81].

La invasión consiste, pues en la penetración, es decir, el acceso carnal en sentido amplio, y ello no tanto en razón de la irrelevancia del carácter heterosexual u homosexual del acto que se lleve a cabo, sino porque no ha de limitarse en este precepto el acceso carnal incriminado al coito vaginal heterosexual —que es su significado estricto—, sino que debe, por el contrario, abarcar, equiparándolas a efectos de integrar la conducta típica, la penetración vaginal, bucal o anal llevadas a cabo con un órgano sexual del autor o de la víctima —es más amplia, en este último aspecto, la acción típica de este precepto que la del artículo 179 del Código Penal— y la introducción de objetos o cualquiera otras partes del cuerpo —"*miembros corporales*" según el nombrado artículo 179 del Código Penal— del autor que no sean órganos sexuales, si bien, en este último caso, las vías por las que la penetración debe producirse se restringen —como en el artículo 179— a la vaginal y anal, bastando en estos supuestos con el acoplamiento directo entre el órgano sexual del autor o el objeto u otra parte o miembro del cuerpo que el mismo emplee y el órgano genital o anal o la boca de la víctima, en una interpretación que permita cohonestar, *mutatis mutandis*, la tesis de la *coniuctio membrorum* con la expresión "*que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera*" que se emplea en los Elementos de los Crímenes, en los que se describen las formas o medios comisivos de este tipo delictivo —fuerza, amenaza de la fuerza, coacción, aprovechamiento del entorno coercitivo, realización en condiciones de incapacidad de la víctima de dar su libre consentimiento—[82].

---

[81] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., p. 333; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 656.

[82] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., pp. 333 y 334; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 656.

En suma, la invasión así entendida debe haberse llevado a cabo mediante una conducta de imposición violenta —es decir, por la fuerza—, o intimidatoria —o sea, por la amenaza de la fuerza o mediante coacción, ya se dirija la amenaza del mal injusto e inminente a la persona de la víctima o a un tercero—, o mediante el prevalimiento de circunstancias determinantes de la incapacidad de la víctima para emitir su libre y voluntario consentimiento —es decir, con aprovechamiento por el agente de una situación que le permita obtener el consentimiento, viciado, de la víctima, situación que puede deberse ya a que el sujeto pasivo se encuentre privado de sentido o en situación de trastorno mental, ya a la edad de este, que no permita inferir su libre y voluntario consentimiento al acceso carnal[83]—.

➢ La segunda de las figuras típicas que se cobijan en el ordinal 9º del artículo 611 del Código Penal es la *esclavitud sexual*.

La *acción típica* comporta el ejercicio, por el autor o autores, de uno, algunos o todos los atributos —o, mejor, manifestaciones— del derecho de propiedad sobre la víctima o víctimas, siempre que ello haya dado lugar a que esta o estas hayan realizado uno o más actos de naturaleza sexual[84].

Las manifestaciones del derecho de propiedad que se enumeran en los Elementos de los Crímenes —compra, venta, préstamo, trueque o imposición de algún tipo similar de privación de libertad— lo son a título meramente ejemplificativo, como se desprende de la frase *"o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad"* a que se hace mención en el elemento 1 de los Elementos del crimen de guerra de esclavitud sexual del artículo 8.2 b) xxii y e) vi, y constituyen, realmente, modalidades de detención ilegal, puesto que se priva al sujeto pasivo, con finalidad onerosa o gratuitamente, de su posibilidad de trasladarse de un lugar según su voluntad, coartando su libre albedrío en la proyección exterior y física de su persona[85]. Según los Elementos de los Crímenes[86] se entiende que esa privación de libertad en que realmente consisten estos ejercicios o manifestaciones del dominio sobre la víctima o víctimas

---

83 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., p. 334; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 656 y 657.

84 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-2, elementos 1 y 2 y e) vi-2, elementos 1 y 2.

85 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., pp. 334 y 335; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 657.

86 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-2, elemento 1 y e) vi-2, elemento 1, Notas a pie de página 53 y 65.

podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956[87], entendiéndose, además que esta conducta incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

El objeto o finalidad última de la privación de la libertad ambulatoria —entendida como la facultad del sujeto pasivo de fijar, libremente y en cada momento, su situación espacial— en que, básicamente, consiste el comportamiento típico es tanto obligar a la víctima a la realización de uno o varios actos de naturaleza sexual, ya sea a título lucrativo o gratuito, como facilitar o propiciar la realización de aquellos actos en cualquier momento[88], resultando indiferente, a efectos de integración del delito, que dicha privación de libertad aparezca teñida o inspirada por un móvil económico o de enriquecimiento del autor o autores.

La "*creación*" —sic.—, en palabras del apartado XII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, del nuevo artículo 177 bis del Código Penal —que abarca "*todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o trasnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada*"—, en el que se prevé una pena de cinco a ocho años de prisión para quien lleve a cabo los hechos de que se hace mención en el apartado 1 de dicho precepto, con las finalidades, entre otras, de "*la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad*" y "*la explotación sexual, incluida la pornografía*", permite entender, dada la notable diferencia de las penas a imponer, la trascendencia del bien jurídico que se protege en el subtipo delictivo de esclavitud sexual en el contexto o con ocasión de un conflicto armado del artículo 611.9º del Código Penal.

Por *acto de naturaleza sexual* debe entenderse no solo la conducta de imposición violenta —por la fuerza— o intimidatoria —por la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la ocasionada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, ya sea con relación a la víctima o a terceros— de relaciones o contactos sexuales, sino el impedimento al ejercicio de la libertad sexual de la víctima por el prevalimien-

---

87 Instrumento de Adhesión de 21 de noviembre de 1967 —BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1967—.

88 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, p. 335; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 658.

to de un entorno coercitivo o de una situación de superioridad manifiesta del agente, con aprovechamiento de tales circunstancias fácticas para obtener un consentimiento viciado de la víctima para llevar a cabo aquellas relaciones o contactos[89].

➢ El tercero de los subtipos que se conminan en el ordinal 9º del artículo 611 es la *prostitución inducida o forzada*.

La prostitución forzada se proscribe, en el contexto o con ocasión de los conflictos armados de carácter internacional, y siempre respecto a la mujer, en los artículos 27 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949 —*"las mujeres serán especialmente amparadas... en particular... contra el forzamiento a la prostitución..."*— y 75.2 b) —que prohíbe, en todo tiempo y lugar y cualquiera que sea quien la realice, *"la prostitución forzada"*— y 76.1 —*"las mujeres serán... protegidas en particular contra... la prostitución forzada..."*—, ambos del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977, y, por lo que se refiere a los conflictos armados sin carácter internacional, en el artículo 4.2 c) del Protocolo II Adicional —que prohíbe, en todo tiempo y lugar, *"la prostitución forzada"*—[90].

Con arreglo a tales preceptos, en 1995 se incriminó, en el ordinal 3º del artículo 612 del Código Penal, *"la prostitución inducida o forzada"*, al objeto de proteger la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo en el reseñado contexto de conflicto armado internacional e interno, aunque sin distinción del género o sexo de la víctima, que, a diferencia de lo que resulta de la regulación contenida en el Convenio IV de Ginebra y en los dos Protocolos Adicionales de que anteriormente hemos hecho mención —referida exclusivamente a la mujer—, resultaba irrelevante, al igual que era indiferente la naturaleza de los actos, heterosexuales u homosexuales, que el sujeto activo practicara con la víctima u obligara a esta a practicar, siendo, en definitiva, la condición de persona protegida de la víctima la única especificidad o particularidad del precepto[91].

Pero la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en una de sus más calificadas inconsecuencias, eliminó del texto del ordinal 3º del artículo 612 toda referencia a la prostitución inducida o forzada, supresión incomprensible que, como es lógico, motivó acerbas críticas de la doctrina, que relacionó

---

89 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 335; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 658.

90 *Ibidem*, p. 477.

91 *Ibidem*, p. 478.

la desafortunada desaparición de un delito tan execrable con la también inexplicable decisión de no incluir en el artículo 612 la incriminación que figuraba en la Propuesta del CEDIH de 2001 de las violencias o agresiones sexuales integrantes desde 1998 de la criminalidad de guerra de género, en línea con lo dispuesto en el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional[92].

Aun cuando en el texto del artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma solo se hace mención de la *"prostitución forzada"*[93], en el ordinal 3º del artículo 611 la *acción típica* presenta ahora, siguiendo la redacción original del artículo 612, las modalidades alternativas de *inducción*, en el sentido a que se refiere el artículo 187.1 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que contempla los actos de promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución, es decir, los actos más relevantes del auspicio de la prostitución, de manera que impliquen no una actuación meramente subordinada en el entramado de dicha actividad sino un apoyo directo y relevante de esta —en este sentido el apartado no ha sido alterado por la nueva redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 5/2010— y de *forzamiento*, en el sentido del artículo 188.1 del Código Penal, también en la redacción que le fue conferida por aquella Ley Orgánica 11/1999, que comporta la determinación al ejercicio de la prostitución coactivamente, es decir, la creación en el sujeto pasivo de la voluntad de ejercer la prostitución o de seguir ejerciéndola mediante conductas violentas o intimidatorias, fraudulentas o de engaño o a través del prevalimiento de una situación de necesidad o superioridad con respecto a la víctima[94]. Ambas modalidades aparecen comprendidas, a tenor de los Elementos de los Crímenes, en la conducta cuya perpetración se amenaza en el artículo 8.2 b) xxii y e) vi del Estatuto de Roma[95].

Consiste el *comportamiento típico* en que el autor haga que una o más personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante

---

92 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal españo*l", *op. cit.*, p. 896; Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 280.

93 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, pp. 336 —*"Se trata, pues, de una incriminación que se endereza exclusivamente a la salvaguardia de la libertad sexual en detrimento de prejuicios ético-morales que pudieran inspirar las regulaciones del Convenio IV de 1949 y del Protocolo I Adicional de 1977"*— y 371.

94 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 480.

95 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-3, elementos 1 y 2 y e) vi-3, elementos 1 y 2.

la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su genuino consentimiento, siempre que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos[96].

Entendida la *prostitución*, concepto nuclear de este tipo criminal, como una actividad, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificada a cambio de una remuneración, contraprestación o ventaja de contenido ya pecuniario o económico, ya de cualquier otra índole distinta pero que implique la obtención de una ganancia, beneficio, provecho o compensación por el agente, o, incluso, a cambio de la simple esperanza de este de obtener una prestación o ventaja de cualquiera de aquellos tipos que fuere, la acción típica admite, como hemos visto, *dos modalidades*, de carácter mixto alternativo, a saber, la prostitución *inducida*, es decir, la determinación al ejercicio de la prostitución o al mantenimiento en la misma mediante el prevalimiento de un entorno coercitivo o situación de superioridad manifiesta del agente —por efecto de una situación de vulnerabilidad de la víctima consecuente a su inserción en el entorno coercitivo que implica su propia condición de persona protegida en poder, con ocasión de un conflicto armado, de una parte adversa— y la prostitución *forzada*, o sea, la determinación al ejercicio de la prostitución o al mantenimiento en la misma mediante el empleo de la violencia —es decir, de la fuerza—, o la intimidación —amenaza de la fuerza o coacción, es decir, por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder—, con aprovechamiento, en uno y otro supuesto, de tales circunstancias fácticas para obtener el consentimiento viciado de la víctima. Se trata, por consiguiente, de medios típicos alternativos que determinan que el sujeto pasivo ejerza la prostitución o permanezca en ella en razón o por efecto bien de la compulsión existencial que padece por una situación de temor consecuente al empleo por el agente de medios coactivos o por una situación de vulnerabilidad derivada de su inserción en un entorno coercitivo —al que no puede ser ajeno el *particularismo especificante* en que consiste la propia situación determinante de su consideración como persona protegida en un contexto de conflicto armado—, bien de un consentimiento viciado, *prima facie*, por la incapacidad de la víctima para emitirlo libre y voluntariamente —ya

---

96 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, pp. 335 y 336.

por hallarse esta, al momento de emitir su consentimiento, privada de sentido o en situación de trastorno mental o porque su edad no permita inferir un consentimiento libre y voluntario—[97]. La coacción de la víctima puede inferirse, en todo caso, del efecto sobre su voluntad de las propias circunstancias concomitantes al particularismo especificante que es el conflicto armado en cuyo contexto se lleven a cabo los hechos[98].

Se trata de un delito *de resultado material*, pues la conducta del sujeto activo debe producir u ocasionar en la víctima, o en relación con ella, de manera efectiva, la realización de actos de naturaleza sexual[99].

Si el comportamiento del agente va destinado a que la víctima satisfaga sus deseos sexuales o los de un tercero, es decir, si no se refiere a la prostitución como actividad habitual —cotidianeidad que confiere a la actuación un desvalor propio, distinto del de los actos individuales—, el hecho podría incardinarse en los tratos inhumanos del artículo 609, en cuanto constitutivo de abuso o agresión sexual[100] de la que no pueda predicarse una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra —gravedad que, de apreciarse, permitiría incardinar dicha conducta en el subtipo del ordinal 9º del artículo 611 consistente en *"cualquier otra forma de agresión sexual"*—.

➢ El *embarazo forzado* es el subtipo que se configura, en cuarto lugar, en el ordinal 9º del artículo 611.

Es esta, sin duda, la más *original* de las figuras delictivas que se cobijan en el ordinal de mérito, y, en general, de las que integran, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la llamada delincuencia de guerra de género. Se trata con esta incriminación de dar respuesta jurídica a una de las más execrables modalidades que puede revestir —como así lo ha hecho, sobre todo en el conflicto habido en los Balcanes en la última década del pasado siglo— la atroz práctica de la *depuración étnica*, cuyo *sujeto pasivo* sólo puede serlo la *mujer*, por obvias razones[101].

Para conceptuar la *acción típica* hemos de acudir al apartado f) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma, al que se remite el artículo 8.2 b) xxii y

---

97 *Ibidem*, pp. 336 y 337; *vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 479.

98 *Ibidem*, pp. 479 y 480.

99 *Ibidem*, p. 482.

100 *Ibidem*, p. 480.

101 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 337; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 658.

e) vi del mismo, a cuyo tenor "*por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo*". La definición que de la conducta típica se ofrece en los Elementos de los Crímenes reproduce, como no podía ser de otro modo, el texto del artículo 7.2 f) del Estatuto, si bien con bastante *poca fortuna*, ya que se ha omitido la referencia a que el confinamiento sea ilícito[102], circunstancia que debe concurrir obligatoriamente, pues, de lo contrario, nos hallaríamos ante el delito de guerra de violación[103].

Se trata de un delito *pluriofensivo*, ya que en el mismo se atenta tanto contra la *libertad deambulatoria* de la mujer a la que ilícitamente se confina —es decir, a la que ilegalmente se encierra o detiene, privándole de su facultad de trasladarse libremente de un lugar a otro—, como contra la *libertad sexual* de dicha mujer, a la que se viola —tal y como determina, incontrovertiblemente, la expresión "*por la fuerza*"— hasta dejarla encinta, manteniéndola, tras ello, confinada hasta el parto[104].

Como ya adelantamos, del *sujeto activo* de este delito resultan predicables —con mayor razón que en el de esclavitud sexual— las notas de *pluralidad* y *propósito común*, ya que, habitualmente, serán distintos —y, desde luego, siempre, varios— el autor o autores de la violación y el autor o algunos de los autores —o, mejor, partícipes— del confinamiento, dado que la violación habrá de producir el embarazo y, tras ello, el confinamiento se prolongará en

---

102 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-4, elemento 1 y e) vi-4, elemento 1.

103 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, p. 337; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...", op. cit*., pp. 658 y 659.

104 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, pp. 337 y 338; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 659. A nadie escapa lo *polémico* del precepto —sobre todo, el contenido en el artículo 7.1 g) del Estatuto de Roma— en relación a la cuestión atinente a la legalidad o ilegalidad de la interrupción voluntaria del embarazo, si bien tal eventual dificultad vino a ser *reconducida* en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998 mediante la adición del último inciso a la definición que del embarazo forzado ofrece el artículo 7.2 f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

el tiempo al menos durante todo el plazo de gestación hasta el alumbramiento[105].

Obviamente, en el hecho típico pueden participar mujeres. Incluso, en pura teoría, el delito podría ser realizado exclusivamente por mujeres, que detengan o confinen ilegalmente a otra u otras mujeres y que, utilizando técnicas artificiales *ad hoc* que comporten la penetración con un objeto de la vagina de la víctima, empreñen a ésta[106].

El *sujeto pasivo* aparece cualificado por la circunstancia —que diferencia este subtipo de todos los demás contenidos en el ordinal 9º del artículo 611 del Código Penal, caracterizados por la irrelevancia del sexo de la víctima— de que sólo puede serlo una mujer.

El *dolo específico* que ha de inspirar o presidir la actuación de todos los partícipes en este crimen de guerra viene recogido en la definición del embarazo forzado que ofrece el artículo 7.2 f) del Estatuto de Roma, y consiste en la intención de modificar la composición étnica de una población o cometer otra infracción grave del Derecho internacional[107].

➢ En el subtipo que se cobija en quinto lugar en el ordinal 9º del artículo 611 se amenaza la comisión de la *esterilización forzada*.

Consiste la *acción típica* en privar a una o más personas de su capacidad de reproducción biológica[108].

El sexo del *sujeto pasivo* de este delito resulta irrelevante. Estamos ante una medida de control de la natalidad que, de no haberse constituido por el Estatuto de Roma como crimen de guerra autónomo en razón de la execrabilidad que esta conducta comporta cuando se lleva a cabo, en el contexto o con ocasión de un conflicto armado, sobre personas protegidas que se encuentran en poder de la parte adversa, integraría una modalidad o variedad del sometimiento de la víctima a cualesquiera actos médicos que no estén indicados por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas

---

105 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 338; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, p. 659.

106 *Ibidem*, p. 659.

107 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 338; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 659 y 660.

108 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-5, elemento 1 y e) vi-5, elemento 1.

circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad o del maltrato de obra causante de lesiones, que se sancionan en el artículo 609 del Código Penal.

Para que se integre el tipo delictivo de mérito, la privación de la capacidad de reproducción biológica de la víctima deberá tener carácter permanente[109], de manera que no podrá subsumirse en la conducta típica la práctica de cualquier otra medida de control de la natalidad que no tenga efectos o consecuencias efectivas permanentes, en el sentido de irreversibles[110].

Como *causas de justificación específicas* se prevé en los Elementos de los Crímenes, *a contrario sensu*, que la actuación determinante de la esterilización permanente o irreversible *"haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas"* o *"se haya llevado a cabo con su libre consentimiento"*[111]. La concurrencia de cualquiera de estas dos circunstancias determinará la falta de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad.

Igualmente, operaría como causa de justificación en este tipo delictivo de guerra —aunque, a nuestro juicio, solo en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional cuyo ámbito espacial se circunscriba al territorio español, único supuesto, por otra parte, en que resulta aplicable la normativa contenida en el Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal, que, salvo en los supuestos que pudieran incardinarse en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no resulta aplicable a hechos acaecidos en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional que tenga lugar fuera del territorio español[112], supuesto en el que no rige el principio de jurisdicción universal a cargo de todos los Estados Partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo I Adicional a ellos de 8 de junio de 1977, tal y como resulta de los párrafos primeros de los artículos 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146

---

109 *Ibidem,* artículo 8.2 b) xxii-5, elemento 1 y e) vi, elemento 1. Las Notas a pie de página 54 y 66 afirman que *"este acto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica"*.

110 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 339; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 660.

111 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-5, elemento 2 y e) vi-5, elemento 2. Según las Notas a pie de página 55 y 67 *"se entiende que la expresión «libre consentimiento» no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño"*.

112 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 175.

del IV y del artículo 86.1 del Protocolo I Adicional[113]— la autorización judicial para la esterilización de incapaces, si bien motivada y limitada a supuestos concretos y excepcionales, excluyendo radicalmente cualquier posibilidad de justificación de una *política* de cualquiera de las partes en el conflicto para la esterilización de los propios nacionales deficientes, psíquicos o de otra índole, pertenecientes a la parte adversa[114].

En el caso de ocupación, la autorización judicial deberá, inexcusablemente, proceder de los órganos jurisdiccionales propios o genuinos del lugar y no de los tribunales militares que pudiera constituir legítimamente Potencia ocupante[115].

➢ En sexto y, postrero, lugar, se incluye, en el ordinal 9º del artículo 611 del Código Penal, la conducta consistente en *cualquier otra forma de agresión sexual*.

La *acción típica* que se sanciona es la realización o imposición, violenta —es decir, por la fuerza— o intimidatoria —o sea, por la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, ya sea sobre la víctima o sobre terceros—, de relaciones o contactos sexuales que no incluyan la penetración, ya sea vaginal, anal o bucal, así como el prevalimiento o aprovechamiento por el agente de un entorno de coacción o de una situación de superioridad manifiesta, sirviéndose de tales circunstancias para obtener un consentimiento viciado del sujeto pasivo para llevar a cabo aquellas relaciones o contactos, y ello, aun cuando no lo exija expresamente el precepto, siempre que la conducta *haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra*[116].

Se trata de una conducta que, salvo en la exigencia de la penetración, que no puede concurrir en este delito, resulta prácticamente idéntica a la que integra el subtipo de violación[117].

---

113 *Ibidem*, pp. 63 a 70.

114 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, p. 339; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, p. 660.

115 *Vid.* CORRALES ELIZONDO, Agustín: "*La ocupación bélica*", en "*Derecho Internacional Humanitario*", 2ª edición, coordinada por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 291 y 292.

116 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-6, elementos 1 y 2 y e) vi-6, elementos 1 y 2.

117 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, p. 340; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los*

No obstante no incluir la penetración —de producirse, estaríamos ante el subtipo de violación—, para la integración de este tipo delictivo *de resultado material* se exigirá, *ope legis*[118], la concurrencia, *conjunta*, de dos *elementos del tipo*, a saber, el de carácter objetivo normativo consistente en que la conducta haya tenido una gravedad *comparable* a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra y el de naturaleza subjetiva consistente en que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.

El primero de tales elementos no es exactamente acorde al respeto del principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal y taxatividad, pues aun cuando la conducta típica debe ser, como se dijo, *equiparable* a las infracciones graves de tortura o tratos inhumanos, infligir deliberadamente grandes sufrimientos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud y causar la muerte o lesionar a una persona fuera de combate, previstas en los artículos 50 del Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV e incriminadas en el artículo 609 del Código Penal, la equiparación de la gravedad, aún cuando solo sea en función de los resultados objetivamente determinables o apreciables, a efectos de llevar a cabo la integración de este delito de guerra, resultará, en algunos casos, excesivamente ligada a criterios subjetivos del órgano jurisdiccional[119].

b) El artículo 612

La Ley Orgánica 5/2010 lleva a cabo una profunda reestructuración del artículo 612 del Código Penal, modificando sus ordinales 3º y 4º y añadiendo, de nueva factura, los ordinales 8º, 9º y 10º, todo ello de acuerdo con la Propuesta del CEDIH de 2007, a fin de adecuar el precepto tanto al Estatuto de la Corte Penal Internacional como a otros instrumentos convencionales como el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989 sobre los

---

crímenes de guerra en el Derecho español...", op. cit., p. 660.

118 *Vid.* Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) xxii-6, elementos 2 y 3 y e) vi-6, elementos 2 y 3.

119 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., pp. 340 y 341. "*El segundo de tales elementos es, a nuestro juicio, aún menos justificable, ya que no es sino una suerte de recordatorio de los efectos que comporta el error, en este caso de tipo o, en la caduca terminología del artículo 32 del Estatuto de la CPI, error de hecho, que «hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen», y que, por ello, resultaba innecesario recoger en los Elementos de los Crímenes*"; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 661.

derechos del niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, las Convenciones de La Haya II, de 29 de julio de 1899 y IV, de 18 de octubre de 1907 y la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994, puesto que la modificación del precepto realizada por la Ley Orgánica 15/2003 debe calificarse de insuficiente[120].

a) En el ordinal 3º del artículo 612 se añade un último inciso —cuyo texto reza *"y, en particular, reclute o aliste a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades"*—, que trascribe, *expressis verbis*, el texto propuesto en 2007 por el CEDIH[121] —que reproduce, a su vez, con ligeras modificaciones, el texto que se propuso en 2001[122]—, en el que se ha suprimido, tras el verbo *"reclute"*, el adverbio *"obligatoriamente"*.

La razón de la adición en 2010 de este subtipo trae causa del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, en su artículo 8.2 b) xxvi y e) vii, arbitra, tanto para los conflictos armados de carácter internacional como para los sin tal carácter, una protección penal específica para los niños menores de quince años. Y en consonancia tanto con la firme postura mantenida por España en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, como con la legislación interna española —penal y administrativa militar— y los artículos 1, 2, 3.1 y 4.1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000[123], se eleva a dieciocho años la edad mínima para aquella participación, apareciendo, pues, cualificado el *sujeto pasivo*, necesariamente, por haber de tener, al momento de la perpetración de cualquiera de los hechos integrantes de la acción típica, una edad inferior a dieciocho años, con independencia de su sexo; se trata de un elemento objetivo del tipo de carácter positivo cuya apreciación resulta inexcusable para entender consumada la acción típica, determinando su no concurrencia la falta de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad y comportando el desconocimiento o conocimiento equivocado o juicio falso sobre este elemento constitutivo de la infracción penal la eventual concurrencia del error de tipo[124].

---

120 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 281.

121 *Ibidem*, pp. 281 y 282.

122 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, p. 103.

123 Instrumento de Ratificación de 5 de diciembre de 2001 —BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002—.

124 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, pp. 348 y 349; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 649 a 652.

La *acción típica* se configura, alternativamente, por el hecho de reclutar o alistar a menores de dieciocho años, de un lado, o por el de utilizar a tales menores para participar directamente en las hostilidades.

Los términos *reclutar* y *alistar* se emplean, a su vez alternativamente, mediante la utilización de la disyuntiva "*o*", de manera que deben entenderse no como sinónimos sino como significativos de la conscripción o la leva forzosas, el primero, mientras que el alistamiento, es decir, el enrolamiento o enganche que, facultativamente, puede llevar a cabo toda persona que lo desee, supone una actuación voluntaria de la víctima; la conjugación de cualquiera de las acciones que cada una de tales expresiones comprende integrará el tipo delictivo[125].

En segundo lugar, puede conjugarse la acción típica por el hecho de utilizar a menores de dieciocho años para *participar directamente* en las hostilidades. Se ha sustituido el adverbio "*activamente*", que se emplea por el artículo 8.2 b) xxvi y e) vii del Estatuto de Roma por el adverbio "*directamente*", siguiendo el tenor de la Propuesta del CEDIH de 2007 que se inspira, a su vez, en la de 2001, en la que, de manera harto confusa, se utilizaba el término "*directamente*" en el análisis de la modificación propuesta[126], si bien en la presentación comparativa del articulado vigente y de los preceptos cuya modificación entonces se proponía el adverbio utilizado era "*activamente*"[127].

Consideramos básicamente *desacertado* este injustificado apartamiento en 2010 del texto del Estatuto de Roma, que, a nuestro entender, constriñe la protección que en el mismo se otorga al supuesto de que se haga participar a los menores en el combate propiamente dicho, pues es lo cierto que, como reiteradamente se ha señalado[128], la exigencia de participación activa de los menores en las hostilidades no debe restringirse o limitarse al combate en sí, sino que puede abarcar todo tipo de actuaciones previas, simultáneas y posteriores a éste, en actividades ligadas al mismo, como son, a título de mero ejemplo, el espionaje, el sabotaje, el trasporte o las comunicaciones. En todo caso, la exigencia de que se *utilice* a los menores implica que la participación

---

125 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., p. 349; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*" *op. cit*., p. 651.

126 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, p. 103.

127 *Ibidem*, p. 120.

128 *Vid*. COTTIER, Michael: "*xxvi) Participation of children in hostilities*", *op. cit*., pp. 261 y 262; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., p. 350; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 651.

directa de estos —entendida, tan solo, como tomar parte en las hostilidades activas— en el combate ha de haberse producido real o efectivamente.

En cualquiera de las modalidades de la acción típica en que esta se conjugue se trata de un delito *de resultado material*, pues se exige para la consumación del tipo que efectivamente se haya llevado a cabo la recluta, el alistamiento o la participación directa en las hostilidades activas de un menor de dieciocho años, siendo indiferente que la recluta, el alistamiento o la utilización para participar directamente en las hostilidades de los menores de dieciocho años se lleve a cabo con referencia o relación a las fuerzas armadas gubernamentales, a las disidentes o a los grupos armados organizados[129].

En relación con este delito de guerra no rige el principio de jurisdicción universal[130].

b) En el ordinal 4º del artículo 612, se añade el supuesto de *uso indebido del signo distintivo "del Cristal Rojo"* a los de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que ya se incriminaban en él.

Se trata de extender la protección penal que se arbitra en el precepto a este signo distintivo aprobado por el Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, cuya ratificación por España se producirá, previsiblemente, en breve[131].

Pero, al socaire de la adición de este nuevo signo protector al elenco de los contenidos en el ordinal 4º, se ha producido una injustificada alteración del texto del mismo, que lo priva de una parte esencial de su eficacia tuitiva. La eliminación de la frase "*o de modo pérfido*" impide ahora que la acción típica se conjugue en una de las dos modalidades que, desde 1995, presentaba el precepto con carácter mixto alternativo, siendo la modalidad de la *perfidia* ahora suprimida de la descripción típica la más grave de las dos.

---

129 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, p. 350; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, p. 651.

130 *Ibidem*, p. 652.

131 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 282. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2010 se aprueba la firma ad referéndum del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III) y se dispone su remisión a las Cortes Generales; dicha firma ad referéndum se produjo el 23 de diciembre de 2005. Hasta agosto de 2010 han ratificado o se han adherido al tratado de mérito un total de 53 Estados. El Protocolo III Adicional entró en vigor el 14 de enero de 2007 al haberse producido dos ratificaciones o adhesiones.

En efecto, mientras que el uso *indebido*, único que hora permanece, no es mas que una simple infracción o acto contrario, elevado por el legislador penal español en 1995 a la categoría de delito autónomo —con el consecuente efecto de la falta de aplicabilidad respecto al mismo del principio de jurisdicción universal—, el artículo 85.3 f) del Protocolo I Adicional de 1977 considera infracción grave *"hacer uso pérfido, en violación del artículo 37"*, de los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, utilización pérfida de tales signos —y de los protectores, emblemas o señales a que se refiere el ordinal— respecto a la que entraría en juego el principio de jurisdicción universal cuando se produjera, como consecuencia de la misma, un resultado letal o gravemente atentatorio de la integridad física o de la salud[132].

La eliminación de la frase *"o de modo pérfido"* en este ordinal solo ha podido deberse a un error material de transcripción o *lapsus calami*, pues es lo cierto que se sigue utilizando la misma en los ordinales 5º y 6º del artículo 612, no resultando imaginable entender que, en la tramitación del Proyecto en el Ministerio de Justicia, se cometiera la *insensatez* de suprimir lo que no es mas que la trasposición del texto de un tratado internacional suscrito por España, frase que, además ha sido respetada en los antedichos ordinales 5º y 6º en que figuraba. No podemos creer que en 2009 se haya cometido tamaño *dislate*, similar al que ya hemos comentado que se llevó a cabo en 2003[133].

No obstante, la supresión de esta modalidad comisiva —consistente en apelar a la buena fe del adversario, con intención de traicionarla, dando a entender a éste que tiene derecho a protección o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados— no puede privar al precepto de su virtualidad tuitiva, y más aún habida cuenta de que el artículo 8.2 b) vii del Estatuto de Roma aunque utiliza únicamente el término *"indebido"* lo hace, según los Elementos de los Crímenes, exclusivamente respecto a la utilización intencional para fines de combate de aquellos signos —a los que denomina *"emblemas"*— distintivos de los Convenios de Ginebra[134], lo que permite incluir el uso pérfido de los mismos en los términos de los artículos 38, 39 y 44 del Convenio I de Ginebra.

---

132 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 504 a 511.

133 *Vid.* Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 27 de noviembre de 2009, núm. 52-1, p. 39. Aquí ya no figuraba la frase *"o de modo pérfido"* en este ordinal.

134 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) vii-4, elementos 1, 2 y 3. Según la Nota a pie de página 42 *"por «fines de com-*

En cualquier caso, en la primera ocasión que se presente se debería reparar esta grave, e inexplicable, omisión, volviendo a introducir en el ordinal de que se trata la frase *"o de modo pérfido"*.

c) Se añade ahora al artículo 612 un nuevo ordinal, el 8º —cuyo texto reza: *"haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales"*—, que tiene por objeto trasponer a nuestro Derecho interno el contenido del artículo 8.2 b) xxv del Estatuto de la Corte Penal Internacional, si bien extendiendo la protección tanto a los conflictos armados de carácter internacional —únicos a los que el precepto estatutario se contrae— como a los de carácter interno[135].

Ya en la Propuesta del CEDIH de 3 de diciembre de 2001 se contenía la incriminación de la conducta consistente en hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, introduciendo a tal efecto un nuevo ordinal 5º en el artículo 612, de redacción idéntica, en lo esencial, al ordinal 8º que ahora se ha añadido al meritado precepto[136].

El ordinal trae causa de los artículos 23 G) del Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II de 1899 y IV de 1907, 53 del Convenio IV de Ginebra de 1949 y, sobre todo, 54 del Protocolo I Adicional de 1977 y 14 del Protocolo II Adicional[137].

La *acción típica* consiste en privar a la población civil de los bienes indispensables para su supervivencia, siempre que dicha privación se lleve a cabo con la finalidad o el propósito de hacer padecer hambre a dicha población como método de guerra. Obviamente, la privación de tales bienes puede consistir, indistintamente, en atacarlos, destruirlos, sustraerlos o inutilizarlos —en el sentido de dejarlos inaprovechables, inservibles o inhábiles para su fin o destino propio—[138].

---

bate» en estas circunstancias se entiende un propósito directamente relacionado con las hostilidades, y no se incluyen las actividades médicas, religiosas o similares".

135 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 283.

136 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

137 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, pp. 345 y 346; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, p. 664.

138 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 346; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 664 y 665.

Se incrimina el hecho de que se utilice, como método de guerra, el hacer padecer el hambre a las personas civiles, método de la llamada *guerra total* que no es una suerte o forma de combate sino un procedimiento para derrumbar la moral o la capacidad de resistencia de la población civil, incluso sin distinguir si ésta es la de un territorio ocupado o la del territorio propio.

Se trata de un delito *de resultado material*, ya que para que la figura delictiva de que se trata se integre es preciso que se produzca la efectiva privación a las personas civiles, con aquella intención o propósito de hacerles padecer hambre, de los bienes —u objetos— indispensables para su supervivencia, no siendo necesario para la consumación del tipo de mérito que se produzca la muerte, lesiones o, incluso, el efectivo padecimiento de hambre de personas civiles. En todo caso, es lo cierto que, dados los términos en que aparece configurada la posible conjugación de la conducta típica, el precepto viene a incriminar la acción consistente en tomar contra estos bienes u objetos indispensables para la supervivencia de las personas civiles medidas cuyo resultado previsible sea no la muerte por inanición sino dejar a la población civil tan desprovista de víveres, agua potable, y, en general, de los bienes a que se hace mención en el artículo 54.2 del Protocolo I Adicional, que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse o a someterse a los dictados de la parte adversa[139].

Por las mismas razones que en 2003, no se ha hecho desaparecer el tipo que hasta 2010 se contenía en el artículo 613.1 c) —referente al ataque, destrucción, sustracción o inutilización de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil—, por entender que no quedarían subsumidas las acciones cuya comisión en el mismo se amenaza en la que ahora se conmina en el ordinal 8º del artículo 612, si bien aquél tipo ha pasado, por mor de la Ley Orgánica 5/2010, a ocupar la letra e) del artículo 613.1.

Constituye un *elemento objetivo del tipo de carácter positivo*, de concurrencia inexcusable para integrarlo, el *carácter indispensable para la supervivencia* de los civiles de los bienes u objetos sobre los que recaiga la acción típica, determinando la falta de dicha condición de indispensables o necesarios la ausencia de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad; la lista o catálogo de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil se recoge en los artículos 54.2 del Protocolo I Adicional y 14 del Protocolo II, si bien es meramente indicativa o ejemplificativa, cual se infiere del empleo, en

---

139 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit.*, pp. 346 y 347; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 665 y 666.

ambos casos, de la frase *"tales como"*, lo que da idea de su carácter no tasado o de *numerus apertus*[140].

La obstaculización *arbitraria* —es decir, inmotivada o no sujeta a las prescripciones al respecto de la normativa convencional— de los suministros de socorro realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 no es sino una de las formas en que, eventualmente, puede conjugarse la acción típica.

Los suministros de socorro cuya obstaculización arbitraria integra la acción típica serán los envíos de ayuda, incluidos los víveres indispensables, que se dirijan a la población civil de la parte adversa, respecto a los que los artículos 23 y 53 del Convenio IV de Ginebra proclaman la obligación de las partes en conflicto de concederles *libre paso*, con ciertas garantías; por su parte el artículo 70 del Protocolo I Adicional permite que se lleven a cabo acciones de socorro para dotar a la población civil de cualquier territorio que, sin ser territorio ocupado, se halle bajo el control de una parte en conflicto, de los suministros necesarios para su supervivencia, si bien tales acciones de socorro deberán efectuarse con sujeción al acuerdo de las partes interesadas, han de tener carácter humanitario e imparcial y deben realizarse sin distinción alguna de carácter desfavorable, estando obligadas las partes en conflicto a permitir y facilitar el *paso rápido y sin trabas* de todos los envíos, materiales y personal de socorro suministrados, incluso en el caso de que la asistencia esté destinada a la población civil de la parte adversa.

El *dolo específico* —de concurrencia obligada en la actuación del agente para que pueda estimarse integrado el delito de mérito— consiste en la intención del autor de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra[141].

Algunas de las formas de aparición de este delito podrían presentar grandes concomitancias con los de causar deliberadamente grandes sufrimientos del artículo 609, de emplear u ordenar emplear métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos del artículo 610 y de llevar a cabo ataques, represalias o actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, del actual artículo

---

140 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., p. 347; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 666.

141 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, p. 347; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 666.

613.1 d) —en el que la Ley Orgánica 5/2010 ha venido a ubicar la letra b) del apartado 1, en su redacción anterior, del citado precepto—[142].

Si el propósito o finalidad del acto de *hambrear* —ocasionar hambruna— a la población civil fuere el destruir o exterminar, total o parcialmente, por inanición, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, nos hallaríamos ante el delito de genocidio biológico, mediante sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; y también presentaría este delito similitudes con los de lesa humanidad de exterminio, de *apartheid* y de otros actos inhumanos[143].

En el ámbito del Derecho comparado este delito se tipifica en el parágrafo 11, apartado 1, número 5, del Código de Derecho Penal Internacional de Alemania y en el parágrafo 2, Sección 5, apartado 5, letra l) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos[144].

No regirá respecto a este delito el principio de jurisdicción universal[145].

d) El segundo de los ordinales de nuevo cuño que la Ley Orgánica 5/2010 adiciona al artículo 612 —el 9º—, cuyo texto reza *"viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa"*, reproduce el texto de la propuesta del CEDIH de 2001, que no fue acogido por la Ley Orgánica 15/2003, y que, reiterado en la Propuesta de 2007, ha venido ahora a conformar un delito cuyo precedente interno inmediato ha de situarse en los artículos 72 del Código Penal Militar de 1985 —precepto que se aplica únicamente a militares, por lo que resultaba necesario incriminar esta conducta con carácter general para evitar una laguna legal, puesto que estas acciones pueden tener como sujeto activo, sobre todo en el contexto de conflictos armados sin carácter internacional, a quien no tenga la condición de militar[146]— y 593 del Código Penal —que sanciona a quien viole tregua o armisticio acordado entre la Nación española y otra enemiga, o entre sus fuerzas beligerantes—, mientras que el fundamento convencional remoto de este delito puede encontrarse en los artículos 35 a 41 del Reglamento Anejo a

---

[142] *Ibidem*, p. 666.

[143] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., pp. 347 y 348; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español…"*, *op. cit.*, p. 667.

[144] *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 283.

[145] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español…"*, *op. cit*., p. 666.

[146] *Ibidem*, p. 667.

las Convenciones de La Haya II de 29 de julio de 1899 y IV de 18 de octubre de 1907[147].

La *acción típica* consiste en la violación, es decir, en la transgresión o incumplimiento de las cláusulas de cualquiera de los acuerdos a que el precepto se refiere, ya sean armisticios propiamente dichos, generales o locales, suspensiones de armas o treguas, capitulaciones u otros convenios o acuerdos celebrados entre los beligerantes[148].

El *armisticio*, que puede ser general o local, suspende las operaciones de guerra por un mutuo acuerdo de las partes beligerantes, ya sea con carácter total —en todas partes— o entre ciertas fracciones de las fuerzas beligerantes y en lugares determinados, debiendo suspenderse las operaciones inmediatamente después de notificado el armisticio o en el término que se hubiere fijado en él —artículos 26 a 38 del Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II de 1899 y IV de 1907—; la *suspensión de armas* o tregua es un acuerdo concertado por los jefes militares sobre el terreno, dentro de sus atribuciones y con carácter local, normalmente para proceder a la recogida de cadáveres y a la búsqueda y recogida de heridos, pero también para otros fines; las *capitulaciones* son acuerdos de sometimiento parcial que implican un cese local de las hostilidades, y que, normalmente, se han utilizado para la entrega de una plaza o unidad militar que se rinde; y, por último, los *otros convenios* celebrados con la parte adversa son todos aquellos que los beligerantes pactan a través de terceros o directamente entre ellos, a los que se refieren los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I Adicional de 1977[149].

Estamos ante un delito *de resultado material*, puesto que para la consumación de esta figura criminal resulta preciso que la suspensión de armas, el armisticio, la capitulación o el convenio se hayan violado efectivamente[150].

Dada la actual regulación de los artículo 72 del Código Penal Militar y 593 del Código Penal, se ha criticado[151] la eventual introducción en este último texto legal de un precepto como el de mérito, respecto al que no rige el principio de jurisdicción universal[152].

e) Finalmente, la Ley Orgánica 5/2010 ha añadido al artículo 612 un nuevo ordinal —el 10º— en el que se conmina el ataque intencionado o la amenaza

---

147 *Ibidem*, pp. 668 y 669.
148 *Ibidem*, p. 667.
149 *Ibidem*, pp. 669 y 670.
150 *Ibidem*, p. 667.
151 *Ibidem*, p. 670.
152 *Ibidem*, p. 670.

contra el personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

El ordinal de que se trata transcribe, en su literalidad —"*dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto*"—, el texto que se contiene en la Propuesta del CEDIH de 2007, en la que, a su vez, se viene a reproducir, *mejorando* el texto y limitándolo al *personal* —los bienes se protegen ahora, de manera más coherente con la sistemática de los preceptos y del propio Capítulo III del Título XXIV del Libro Segundo, en el artículo 613.1 i)—, el correspondiente precepto contenido en la Propuesta de 2001, que la Ley Orgánica 15/2003 no integró —en otra muestra de su defectuoso, e incluso en ciertos casos sectario, entendimiento de estos crímenes internacionales— en el Código Penal[153].

El ordinal que ahora se adiciona al artículo 612 trae causa directa del artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de la Corte Penal Internacional —nacido de una propuesta de la Delegación española en la Conferencia Diplomática de Roma[154]— y se encuentra en íntima relación con el ordinal 6º del artículo 608, añadido al mismo por la Ley Orgánica 15/2003, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2001[155]. También se han incluido ahora en el texto algunos elementos del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1994 sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, como las alusiones a *cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas* y al *personal asociado* y se ha incriminado también la *amenaza de dicho ataque*, residenciando los ataques a las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de dicho personal y la amenaza de dicho ataque en el ordinal i) del apartado 1 del artículo 613[156].

---

153 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, pp. 283 y 284; Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

154 *Ibidem*, p. 104; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit.*, pp. 671 a 673; Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 284.

155 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

156 *Vid*. Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 284.

Se incluye, por tanto, en el tipo, y, por ende, en la protección que el mismo brinda, ampliando el ámbito subjetivo del artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de Roma[157], al personal asociado —concretado en el artículo 1 b) de la Convención de 1994 y que, en sentido estricto, no participa en la operación— y a cualesquiera participantes en una misión de paz —dicción esta que permite ampliar el concepto de *"misión de mantenimiento de la paz"* que emplea el citado artículo 8.2 b) iii y e) iii, si bien con las consiguientes implicaciones a la hora de la aplicación del instituto de la imprescriptibilidad, etc.—.

Consiste la *acción típica* en lanzar un ataque cuyo destinatario u objeto sea cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, del personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria que se lleve a cabo de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas o amenazarlos con tal ataque, al objeto de obligar a una persona, natural o jurídica —generalmente las Naciones Unidas o uno o varios Gobiernos—, a realizar o abstenerse de realizar algún acto, siempre que el mencionado personal tenga derecho a la protección otorgada a personas civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados —es decir, sus componentes tengan la consideración de personas protegidas—.

Carece, pues, de objeto la inclusión, en la descripción típica, de la referencia que, de manera alternativa respecto a las personas —*"o"*—, se hace a los *"bienes civiles"*, lo que, sin duda, se debe a la circunstancia de que, en la redacción de la Propuesta del CEDIH de 2001, en este ordinal se castigaban conjuntamente los ataques tanto al personal como a las *"instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos"*, objetos que también han de gozar de la protección conferida a los *"bienes civiles"* por el Derecho internacional de

---

157 *Vid*. COTTIER, Michael: *"Attacks on humanitarian assistance or peacekeeping missions"*, *op. cit.*, pp. 187 a 196; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., pp. 288 y 289 y 367. En el texto del artículo 8.2 b) iii y e) iii, que crea un crimen de guerra novedoso —aun cuando los artículos 70 y 71.1 y 2 del Protocolo I Adicional de 1977 ya se referían a la cuestión—, *"se deja fuera del tipo, y, por ende, de la protección, al personal asociado (que, en sentido estricto, no participa en la operación, y que viene concretado en el artículo 1 b) de la Convención de 1994, que incluye entre él a las fuerzas de apoyo a operaciones de la Organización, a los civiles contratados por el sistema de las Naciones Unidas y al personal de las Organizaciones No Gubernamentales de carácter humanitario, entre los que existe la nota común del acuerdo o contrato con las Naciones Unidas)..."*; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 672 y 673.

los conflictos armados. El objeto de la acción típica —lanzar un ataque— es, ahora, únicamente *personal*[158].

Creemos, en todo caso, que la figura delictiva de que se trata viene, en la actual redacción del precepto, a constituir el *tipo básico* en relación a la protección penal que se arbitra para esta clase de personal, que se integra entre la población civil, constituyendo el delito contenido en el ordinal 1º del artículo 611[159] el *tipo agravado o cualificado*, de manera que los hechos habrán de incardinarse en el artículo 612.10º siempre que el ataque lanzado sobre las personas a que el mismo se refiere no resulte indiscriminado o excesivo ni tenga por finalidad principal aterrorizarlas, circunstancias o extremos que, de concurrir en los hechos, motivarían la subsunción de estos en el correspondiente subtipo de los que se contienen en el ordinal 1º de aquél artículo 611, con la consiguiente exasperación de la pena a imponer[160].

Se trata de una infracción *de mera actividad*, pues la acción se conjuga y el tipo delictivo se consuma por el simple hecho de lanzar el ataque contra el personal de mérito, abstracción hecha de cual fuere el resultado efectivo del mismo[161]. El término *ataques* comprende los que se perpetren contra la integridad física o la libertad de las personas protegidas a que se refiere el precepto. En el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las mismas sería de aplicación el artículo 609, dada la condición, *ex* artículo 608.6º, de personas protegidas de los sujetos pasivos del ataque[162].

Son *elementos objetivos del tipo de carácter positivo*, de obligada concurrencia conjunta para integrarlo, en primer término que, al momento de lanzarse el ataque, el personal contra el que el mismo se dirija participe o forme parte de una misión de paz o de asistencia humanitaria llevada a cabo de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y, en segundo lugar, que dicho personal tenga derecho a la protección que el Derecho internacional de los conflictos armados otorga a las personas civiles. Aunque la frase típica "*siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados*" —en la que no solamente sobra la referencia a los "*bienes civiles*", sino la propia coma, que no figura en la oración típica del artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de Roma ni

[158] *Ibidem,* p. 673.
[159] *Ibidem, pp.* 355 y ss.
[160] *Ibidem*, p. 673.
[161] *Ibidem*, p. 673.
[162] *Ibidem*, p. 675.

en los Elementos de los Crímenes[163]— no es lo bastante clara[164] —tal vez porque de esa falta de claridad adolecen tanto la Convención de 9 de diciembre de 1994 como el artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de Roma, no obstante el favorable juicio que este merece[165], de que el ordinal 10º de merito trae causa—, lo que se quiere dar a entender con ella es que entran en el ámbito de la protección penal que el precepto confiere cuantas personas formen parte o integren la misión, cualquiera que sea la función que lleven a cabo —es decir, de protección, administrativa, logística, sanitaria o de cualquier otra índole—, en tanto que ésta no implique tomar parte activa en las hostilidades, de manera que, cuando actúan como combatientes, por ser el mandato de la misión de imposición de la paz, el ataque deja de ser antijurídico, y, por ende, deviene impune.

La referencia no solo a las misiones de paz sino a las de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, responde a la necesidad de extender la protección que brinda el precepto tanto a las operaciones aprobadas por el Consejo de Seguridad como a las creadas por la Asamblea General. Habrá de tratarse, según el artículo 1 c) de la Convención de 9 de diciembre de 1994, de operaciones establecidas por el órgano competente de las Naciones Unidas, de conformidad con la Carta y realizadas bajo la autoridad y control de la Organización, cuando la operación esté destinada a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o cuando el Consejo de Seguridad o la Asamblea General hayan declarado que existe un riesgo excepcional para la seguridad del personal participante en la operación; la cláusula de exclusión del artículo 2.2 de la Convención puntualiza que ésta no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como *medida coercitiva* de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes

---

163 *Vid*. Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) iii, elemento 2 y e) iii, elemento 2.

164 *Vid*. URIOS MOLINER, Santiago: "*La Convención sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado*". Anuario de Derecho Internacional, XV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1999, p. 573.

165 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra*", *op. cit*., p. 291; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...*", *op. cit*., p. 674; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*La Corte Penal Internacional*", en "*Derecho Internacional Humanitario*", 2ª edición, coordinada por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 828.

contra fuerzas armadas organizadas, operaciones a las que se aplica el Derecho relativo a los conflictos armados internacionales[166].

El *dolo específico* se constituye por el propósito o intención y voluntad del autor de dirigir el ataque contra tal personal[167].

Por otra parte, otras conductas previstas en el artículo 9 de la Convención de 9 de diciembre de 1994, como la tentativa —apartado d)—, la complicidad o los actos de organización o dación de órdenes a terceros para la perpetración del ataque —apartado c)— quedarían suficientemente incriminadas por la aplicación de la parte general del Código Penal, que regula la participación a título de autor —por medio de otro, por inducción o cooperación necesaria— o de cómplice —artículos 28 y 29— y la tentativa —artículo 16—[168].

En el campo del Derecho comparado, esta conducta se incrimina en el parágrafo 10, apartado 1, de la Ley alemana de Código de Derecho Penal Internacional y en la Sección 5, apartado 5, letra o) de la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos[169].

No rige para este delito de guerra el principio de jurisdicción universal[170].

c) El artículo 613

La Ley Orgánica 5/2010 ha llevado igualmente a cabo una profunda reestructuración del artículo 613, siguiendo a tal efecto, en su literalidad —salvo la sustitución de las palabras *"apartado"* por *"letra"* y *"número"* y *"párrafo"* por

---

166 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., pp. 291 y 292; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, p. 675.

167 *Vid.* Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2.b) iii, elemento 3 y e) iii, elemento 3; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit*., p. 292; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 675.

168 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit*., p. 105; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 676; Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit*., p. 284.

169 *Ibidem*, p. 284.

170 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 676.

"ordinal"—, el texto contenido en la Propuesta del CEDIH de 2007, que consideraba necesaria la revisión global del precepto[171].

Los subtipos que ahora se conminan en las letras d), e), f) y g) del apartado 1 son idénticos a los que se amenazaban en las letras b), c), d) y e), respectivamente, del apartado 1 de este artículo 613 en la redacción original del mismo —salvo en que, acertadamente, la expresión *"fuerzas armadas"* aparece ahora escrita con letras minúsculas—. En consecuencia, nada hemos de reseñar respecto a tales figuras delictivas[172].

En todo caso, debemos señalar que, por razones de sistemática y coherencia, los tipos contenidos en las letras d) a i), ambas inclusive, del apartado 1 del artículo 613 deberían ser extraídos de este precepto —que quedaría destinado a tutelar los bienes culturales— para integrar un nuevo artículo 613 bis.

a) El apartado 1 del artículo 613[173] incrimina un variado elenco de actuaciones susceptibles de recaer tanto sobre bienes culturales en sentido amplio como sobre otra clase de bienes u objetos.

➢ El subtipo que ahora se configura en la letra a) del mismo contiene el *tipo básico* de la protección penal de los bienes culturales y lugares de culto que se arbitra en el precepto, presentando una redacción idéntica a la del subtipo que se incardinaba en la misma letra del precepto originario, salvo que se ha suprimido la referencia a los bienes culturales *"a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada"* y se ha situado al final de la descripción típica la exigencia de que los bienes culturales o lugares de culto estén *"claramente reconocidos"*, requisito que ahora se describe, con mejor técnica, como que *"estén debidamente señalizados"*. El precepto trae causa de la *violación grave* que se enuncia en el artículo 15.1 d) del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999.

---

171 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 286. La Propuesta de 2007 introduce modificaciones de calado en el texto de este artículo, en el que la Ley Orgánica 15/2003, no obstante el tenor de la Propuesta del CEDIH de 2001, sólo modificó el apartado 1 de la letra a) del mismo.

172 *Ibidem*, pp. 286 y 287.

173 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 542 a 545; GARCÍA LABAJO, Juan M.: *"La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado"*, en *"Derecho Internacional Humanitario"*, 2ª edición, coordinada por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 685 y 686 y 695 a 699.

La desaparición de la mención de los bienes culturales o lugares de culto a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales y de los que se hallen bajo protección reforzada viene a reducir la protección que se arbitra en este subtipo a los bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos bajo *protección general*, protección que abarca tanto la *salvaguardia* como el *respeto*, en los términos de los artículos 3 y 4 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 y 5 y 6 del Segundo Protocolo de dicha Convención de 26 de marzo de 1999.

La *acción típica* puede consistir, con carácter mixto alternativo, en atacar, hacer objeto de represalias o hacer objeto de actos de hostilidad a los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general. La distinción entre ataque y acto de hostilidad no resulta clara a la vista de las definiciones respectivas que ofrecen los artículos 49.1 del Protocolo I Adicional de 1977 y 53 a) de dicho tratado en relación con los artículos 4.1 y 9 de la Convención de La Haya de 1954, por lo que la referencia a ambos parece redundante, pues el significado real de aquellas expresiones es el mismo; las represalias, como medidas coactivas y de excepción de las normas del Derecho internacional de los conflictos armados tomadas por un beligerante a raíz de actos ilícitos cometidos por otro en su detrimento y cuyo propósito es obligar a éste, mediante el daño que se le inflige, a modificar su comportamiento y respetar aquél Derecho, se encuentran prohibidas con carácter absoluto en relación con los bienes culturales y lugares de culto por los artículos 4.4 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 y 53 c) del Protocolo I Adicional de 1977[174].

La utilización de la preposición *"contra"* es, a nuestro entender, desacertada —aunque ya se utilizaba en la redacción original del precepto— desde el punto de vista sintáctico.

Se trata de un delito *de mera actividad*, que no requiere para su consumación la producción de resultado alguno, pues basta para ello con que efectivamente se lleve a cabo el ataque, la represalia o el acto de hostilidad.

Son cuatro los *requisitos* o condiciones precisos para que la protección penal que arbitra el subtipo entre en juego, constituyendo otros tantos *elementos objetivos del tipo*, de concurrencia acumulativa, determinando la ausencia de cualquiera de ellos la falta de tipicidad de la conducta y su consecuente impunidad.

---

174 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...", op. cit.*, pp. 540 a 542 y 556.

El primero de tales elementos o requisitos, de carácter implícito, es que el Estado en cuyo territorio se encuentra el bien cultural o lugar de culto *haya preparado*, ya en tiempo de paz, la salvaguardia de dicho bien o lugar contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando, al efecto, alguna de las medidas preparatorias de salvaguardia —organizativas, materiales o institucionales— a que se hace referencia en el artículo 5 del Segundo Protocolo de 1999.

Son exigencias expresas de la protección, en segundo término, que los bienes culturales o lugares de culto sobre los que se desencadene el ataque, la represalia o el acto de hostilidad constituyan o formen parte del *patrimonio cultural o espiritual de los pueblos*, es decir, que tales bienes o lugares gocen de una específica naturaleza que no es sino un especial estatus de carácter jurídico. En suma, de acuerdo con los artículos 53 del Protocolo I Adicional 1977 y 1 a) de la Convención de 1954 el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos comprende los bienes o lugares cuyo valor sobrepasa las fronteras y que tienen un carácter único por estar vinculados a la historia y a la cultura de un pueblo, aplicándose, en general, el calificativo *cultural* a los monumentos históricos y a las obras de arte, mientras que el adjetivo *espiritual* se contrae a los lugares de culto[175].

En tercer lugar, como elemento objetivo del tipo de carácter negativo, se exige que los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general *no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar* o, alternativa o conjuntamente, *no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario*. De concurrir, estos elementos negativos del tipo determinan no la existencia de una causa de exclusión de la tipicidad, pues la lesión que la actuación del agente produce en el bien jurídico protegido ha tenido lugar, sino de una causa de justificación cuya apreciación resulta determinante de la falta de antijuridicidad de la conducta y de la consecuente impunidad de ésta[176].

Estas dos causas de justificación tienen virtualidad, tan solo, por lo que atañe a los ataques y a los actos de hostilidad, puesto que las represalias sobre los bienes culturales y los lugares de culto están *prohibidas con carácter absoluto* por los artículos 4.4 de la Convención de 1954 y 53 c) del Protocolo I Adicional de 1977, de manera que, respecto a ellas, no puede operar causa alguna de justificación[177].

---

175 *Ibidem*, p. 549.
176 *Ibidem*, p. 555.
177 *Ibidem*, pp. 555 y 556.

La prohibición de que los bienes culturales o lugares de culto estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar —más bien de que se ubiquen objetivos militares en la proximidad inmediata de tales bienes o lugares— dimana de lo prescrito en el artículo 85.4 d) del Protocolo I Adicional de 1977. El artículo 12 del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954, de 26 de marzo de 1999, hace alusión a los *alrededores inmediatos*, lo que, puesto en relación con las precauciones contra los efectos de las hostilidades a que se hace mención en el artículo 8 de dicho tratado, permite inferir tanto que el objetivo militar no debe ubicarse en las cercanías de un bien cultural, mueble o inmueble, o lugar de culto como que los bienes culturales muebles deben ser alejados de los objetivos militares o ser objeto de una protección adecuada *in situ*[178].

Por su parte, la prohibición de utilizar los bienes culturales o lugares de culto en apoyo del esfuerzo militar, que dimana del artículo 85.4 d) en relación con el 53 b), ambos del Protocolo I Adicional de 1977, es una consecuencia de la obligación de *respeto* de tales bienes o lugares que concierne tanto al Estado en cuyo territorio se hallen situados aquellos y que, por consiguiente, ejerce jurisdicción sobre ellos y es titular de los mismos a efectos de su protección en caso de conflicto armado, como a la parte adversa a éste. La obligación de *abstención* en que esencialmente se concreta el deber de respeto de los bienes y lugares de que se trata se materializa en el deber fundamental que, conforme al artículo 4.1 de la Convención de 1954, pesa sobre las partes en conflicto de garantizar la *neutralidad* de tales bienes y lugares, es decir, su permanencia al margen de aquél, sin interferir en las operaciones militares ni proporcionar ventaja a ninguno de los contendientes[179].

Finalmente, en cuarto lugar, es elemento objetivo del tipo de carácter positivo que los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general de que se trata *estén debidamente señalizados*, frase esta que ha venido a sustituir, por resultar más clara, a la que figuraba en el precepto originario —*"claramente reconocidos"*—, aún cuando su significado es el mismo.

Los bienes o lugares de mérito han de estar, en definitiva, señalizados o identificados con el escudo-emblema aislado al que se hace referencia en los artículos 6 *in fine*, 16 y 17.2 a) de la Convención de 14 de mayo de 1954, determinando la ausencia de la señalización debida[180] la falta de tipicidad del

---

178 *Ibidem*, p. 560.

179 *Ibidem*, pp. 556 y 557.

180 *Ibidem*, p. 554. En los bombardeos navales, y en defecto del escudo-emblema de la Convención de 1954, los bienes o lugares de que se trata podrán estar señaliza-

ataque o el acto de hostilidad —no así de la represalia— y la consecuente impunidad de dicha conducta[181].

En todo caso, y aunque no se haga referencia alguna a ello en el precepto, la concurrencia de una *necesidad militar imperativa* en los términos referidos en el artículo 6 a) y b) del Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 determina la apreciación de una causa de justificación del ataque o el acto de hostilidad —nunca de la represalia— y su consecuente impunidad. La apreciación de esta causa de justificación es el resultado de un *juicio de relevancia* en el que se ponderan determinados bienes en conflicto, a saber, la ventaja militar que ofrezca el hecho de dirigir un ataque contra el bien o lugar de que se trate, de un lado, y, de otro, los efectos de la alternativa a la obtención de dicha ventaja, opción cuya realización debe ser o resultar posible o factible en la realidad y ofrecer, previsible o lógicamente, según una prognosis racional, un resultado —ventaja militar— equivalente o equiparable, en los términos del artículo 57.3 del Protocolo I Adicional 1977, al ataque o acto de hostilidad proyectados[182].

➢ En la letra b) del apartado 1 del artículo 613 se incrimina el uso o utilización indebida, en apoyo de una acción militar, de los bienes o lugares referidos en la letra a) del meritado apartado. El precepto trae causa de la *violación grave* configurada en el artículo 15.1 e) del Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999, y, en concreto del subtipo consistente en *"hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención"*.

Este subtipo viene a ser el reverso del consistente en atacar o hacer objeto de actos de hostilidad a los bienes culturales o lugares de culto que *"no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario"* a que se refiere la letra a). Ahora se sanciona, precisamente, esa utilización de tales bienes o lugares en apoyo de acciones militares, es decir, la utilización indebida de bienes culturales o lugares de culto bajo protección general, en razón del riesgo o peligro en que, con dicha utilización, se coloca a aquellos bienes, que pueden, por ello, ser legítimamente atacados por el adversario.

---

dos con los tableros rectangulares, divididos en diagonal en dos triángulos, negro y blanco, a que se refiere el artículo 5 de la Convención IX de La Haya de 18 de octubre de 1907 o con la bandera con el círculo rojo con triple esfera roja dentro del mismo sobre fondo blanco a que se hace mención en el artículo 3 del Tratado de Washington —*Pacto Roerich*— de 15 de abril de 1935 —y solo para los Estados Partes en él que no lo sean en la Convención de 1954—.

181 *Ibidem*, pp. 553 y 554.

182 *Ibidem*, pp. 559 y 560.

Se trata de un delito *de mera actividad*, pues basta el simple uso o utilización indebidos para consumar la acción típica.

La *conducta típica* consiste en utilizar indebidamente los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general en apoyo de una acción militar.

El uso que ahora se sanciona será siempre indebido —puesto que, como ya dijimos, consecuencia de la obligación de respeto de los bienes culturales y lugares de culto es la prohibición de utilizarlos *"en apoyo del esfuerzo militar"*, como dispone el artículo 85.4 d) en relación con el 53 b), ambos del Protocolo I Adicional de 1977, lo que impone a la parte en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se hallen el deber de abstenerse de utilizar tales bienes o lugares, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponerlos a la destrucción o deterioro, comprendiéndose dentro de la prohibición cualquier clase de acción u operación que implique o pueda dar lugar al uso de la fuerza contra dichos bienes o lugares[183]—, salvo, en los casos de *necesidad militar imperativa*, en los supuestos expresamente previstos en el artículo 6 a) y b) del Segundo Protocolo de 1999, que trata de precisar los contornos de este tan delicuescente concepto jurídico indeterminado, cuya concurrencia comportará la apreciación de una causa de justificación de la actuación de la parte que, en base a dicha necesidad militar imperativa, incumpla su obligación de respeto de los bienes culturales o lugares de culto bajo protección general, utilizándolos para fines militares.

El núcleo del respeto se centra en el tenor, *a contrario sensu*, del artículo 6 a) i) del Segundo Protocolo 1999, de conformidad al cual sólo cuando la función del bien cultural o lugar de culto transforme a este en un objetivo militar podrá aquél ser objeto de ataque. La función que se dé al bien cultural o lugar de culto equivale o consiste en el uso o utilización del mismo por la parte que ostente su titularidad, de forma activa, en los términos del artículo 53 b) del Protocolo I Adicional de 1977, es decir, en el hecho de manejar, usar, dar aplicación, valerse o servirse de dicho bien o lugar con finalidad militar o de apoyo o contribución eficaz al esfuerzo militar de una parte en el conflicto, transformándolo, así, en objetivo militar[184].

Tanto este subtipo como el que se cobija en la letra a) sólo pueden tener por objeto bienes culturales inmuebles —los lugares de culto siempre lo son—, pues no parece que un bien mueble pueda constituirse en objeto de un

---

[183] *Ibidem*, pp. 556 y 557.
[184] *Ibidem*, pp. 558 y 559.

ataque, una represalia o un acto de hostilidad o pueda ser utilizado en apoyo de una acción militar.

La utilización indebida de que se trata comprende toda suerte de usos tanto del bien cultural o lugar de culto propiamente dichos como de sus accesos, inmediaciones y, en general, los lugares, dependencias, etc., que constituyan una unidad inescindible con aquél, integrando sus *alrededores inmediatos*[185].

➢ En la letra c) del apartado 1 del artículo 613 la Ley Orgánica 5/2010 incrimina un total de hasta cuatro conductas —apropiación a gran escala, robo, saqueo y vandalismo de bienes culturales bajo protección general— que traen causa de las *violaciones graves* previstas en el artículo 15.1 c) —apropiación a gran escala— y e) —robo, saqueo y perpetración de actos de vandalismo, pues el uso indebido se incrimina de manera autónoma en la letra b)— del Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999.

La *acción típica* consiste en llevar a cabo uno cualquiera de estos cuatro hechos, por lo que se trata de una infracción *compleja*, de *naturaleza pluriofensiva* y *de resultado material.*

Respecto a la *apropiación a gran escala* se ha extendido por el legislador penal español de 2010 la protección que el artículo 15.1 c) del Segundo Protocolo de 1999 brinda a los bienes culturales bajo protección reforzada a todos los colocados bajo protección general, lo que sólo plácemes merece.

La *acción típica* consiste en cualquier acto de apoderamiento, que presupone una situación de disponibilidad real anterior que, en razón de dicho acto, quiebra y desaparece, lo que comporta un ineludible desarrollo, temporal y espacial, de la conducta típica, sin que sea precisa la traslación material y local del bien cultural sobre el que la acción recaiga para que esta se consume[186].

La conducta que se amenaza no consiste, únicamente, en el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver el bien cultural que se hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, en los términos en que el artículo 252 del Código Penal concibe el delito de apropiación indebida, sino que abarcará tanto la apropiación indebida como la usurpación que tengan por objeto un bien cultural bajo protección general. Dicho bien puede ser, indistintamente, mueble o inmueble, siendo previsible que, más frecuentemente, la acción típica recaerá sobre muebles[187].

---

185 *Ibidem*, p. 688.
186 *Ibidem*, pp. 685 y 686.
187 *Ibidem*, p. 685.

La apropiación implica tanto el ánimo de lucro, con conocimiento de la ajenidad de los bienes sobre los que recaiga la acción del agente, como la salida de estos del ámbito de tutela dominical a que correspondan, con la consiguiente obtención por el actor de su efectiva posesión penal[188].

La exigencia de que la apropiación llevada a cabo lo sea *a gran escala* —que convierte a aquella en *pillaje*— introduce en la estructura del delito un elemento objetivo del tipo de carácter positivo de concurrencia ineludible para integrar el subtipo penal de mérito, aun cuando obviamente ligado, por lo que respecta a su valoración o apreciación, a impredecibles consideraciones subjetivas del juzgador. En todo caso, este elemento, de naturaleza cuantitativa, puede comportar, en forma mixta alternativa, el carácter ora masivo —es decir, afectante a una gran cantidad, número, porción, multiplicidad, pluralidad o variedad de bienes— ora sistemático —o sea, reiterado, metódico, coordinado u organizado— de aquella apropiación[189].

En la apropiación a gran escala podría apreciarse la concurrencia de causas de justificación, especialmente la necesidad militar.

El *robo* a que se hace referencia en la letra c) del artículo 613.1 del Código penal comporta cualquier sustracción o apoderamiento, en sentido amplio, del bien cultural bajo protección general de que se trate —es decir, aun la sustracción llevada a cabo sin fuerza, violencia o intimidación—, tomándolo el agente para sí, pudiendo aquí subsumirse, en consecuencia, el mero hurto[190].

Por su parte, el *saqueo* no es sino la rapiña o apoderamiento del bien sin el consentimiento de su propietario que, habitualmente, se lleva a cabo inmediatamente después del enfrentamiento bélico, y que, de realizarse masiva o sistemáticamente, se convierte en pillaje[191].

Tanto el robo como el saqueo sólo pueden tener por objeto los bienes culturales muebles y uno y otro no son sino modalidades de la apropiación —y que, de llevarse a cabo a gran escala, integran el primero de los subtipos que se configuran en el precepto—, pues consisten en la salida del bien cultural del ámbito de tutela dominical a que corresponda, con la consiguiente obtención por el agente de la efectiva posesión penal del mismo, aun cuando fuere por cortísimo tiempo; en uno y otro caso se exige un específico ánimo de apropiación o lucro, lo que implica el conocimiento de la ajenidad del bien,

---

188 *Ibidem*, p. 685.
189 *Ibidem*, p. 686.
190 *Ibidem*, p. 688.
191 *Ibidem*, p. 688.

que es independiente de la efectiva obtención por el autor de un provecho económico[192].

Finalmente, la realización de *actos de vandalismo* abarcará todas aquellas conductas, no consistentes en un ataque, una represalia o un acto de hostilidad —es decir, no susceptibles de ser subsumidas en la letra a)—, que comporten llevar a cabo destrucciones, causación de daños, deterioros de la indemnidad, etc., de los bienes culturales —muebles o inmuebles— o lugares de culto bajo protección general[193].

El vandalismo es, generalmente, una actuación colectiva dirigida a hacer desaparecer la individualidad o indemnidad física del bien cultural o lugar de culto sobre el que se proyecta la acción del autor o autores, destrozándolo, deshaciéndolo o desintegrándolo totalmente o deteriorándolo o inutilizándolo, total o parcialmente, para el destino o finalidad que le sean propios y, especialmente, para su disfrute social o colectivo[194].

En el robo, el saqueo o los actos de vandalismo nunca podrá apreciarse causa de justificación alguna, ni siquiera la necesidad militar[195].

No rige, respecto a ninguno de los cuatro subtipos que se configuran en el precepto de que se trata, el principio de jurisdicción universal[196].

➢ En la letra h) del apartado 1 del artículo 613 la Ley Orgánica 5/2010, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2007[197], ha venido a incriminar, como otros tantos subtipos, dos acciones delictivas de muy distinta naturaleza, únicamente unidas porque tienen como denominador común el considerarse acreedoras a la misma pena[198].

Este precepto se ha tomado del artículo 74 del Código Penal Militar y su introducción en el Código Penal tiene por objeto evitar una laguna legal[199], dado que el sujeto activo del tipo configurado en el Código punitivo castrense aparece cualificado por ostentar la condición de militar; este nuevo tipo delictivo prevé, sobre todo, la incriminación no tanto de quien realice sino de quien *"ordene realizar"* estas conductas.

---

192 *Ibidem*, pp. 687 y 688.
193 *Ibidem*, p. 688.
194 *Ibidem*, p. 689.
195 *Ibidem*, p. 689.
196 *Ibidem*, p. 689.
197 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, pp. 287 y 298.
198 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, p. 692.
199 *Ibidem*, p. 691.

En la Propuesta del CEDIH de 2001 se preveía la adición de un nuevo apartado 3 con una redacción similar a la que ahora tiene esta letra h) del apartado 1[200], si bien el legislador de 2003 no consideró oportuno introducir este precepto en el Código Penal.

En el primer subtipo la *acción típica* consiste en *requisar*, indebida o innecesariamente, *en territorio ocupado*, bienes muebles o inmuebles.

El delito que se configura en el subtipo de que se trata encuentra su fundamento convencional en los artículos 53 a 56 del Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II de 29 de julio de 1899 y IV de 18 de octubre de 1907, que imponen a la Potencia ocupante determinadas limitaciones y obligaciones en relación con aquello de lo que puede apoderarse en el territorio ocupado y con lo que puede utilizar en dicho territorio, si bien con obligación de restituirlo o indemnizar por ello al restablecerse la paz[201].

Para que la conducta incriminada se integre han de concurrir, acumulativa o conjuntamente, los elementos objetivos del tipo positivo de *lugar* —la acción debe perpetrarse o llevarse a cabo en *territorio ocupado*, lo que, en todo caso, comporta que este subtipo sólo podrá perfeccionarse en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional—, y negativo de que la requisa sea *indebida o innecesaria* —es decir, no ajustada a las prescripciones de los citados artículos 53 a 56 del Reglamento Anejo a las Convenciones de La Haya II de 1899 y IV de 1907, puesto que, de resultar la requisa conforme a tales prescripciones, la falta de concurrencia de este elemento objetivo del tipo de carácter negativo determinaría la carencia de antijuridicidad de la conducta y su consecuente impunidad—[202].

La *acción típica* que se conmina en el segundo subtipo es, con carácter mixto alternativo, la *destrucción* o *captura* de un buque o aeronave no militares de una parte adversa o neutral, o de su carga, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar.

La redacción del subtipo —que es la ofrecida en la propuesta del CEDIH de 2007[203]— mejora la que se contenía en la Propuesta del CEDIH de 2001 —que restringía la destrucción indebida a la que vulneraba las normas sobre el derecho de captura o presa, según la Convención XI de La Haya de 18 de

---

200 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, pp. 105 y 106.

201 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, p. 692.

202 *Ibidem*, p. 693.

203 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, pp. 287 y 298.

octubre de 1907[204]—, al utilizar la frase *"normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar"*, que sigue la dicción del artículo 611.2º —si bien añadiendo la expresión *"en la mar"*—, pues comprende tanto las reglas consuetudinarias contenidas en los artículos 49 y 50 de la Declaración Naval de Londres de 1910 y 104 y 105 del Manual de Oxford de 1913 y en los párrafos 139, 140, 151 y 152 del Manual de San Remo de junio de 1994 sobre el Derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar[205], relativas a la destrucción o daño de buques no militares de la parte adversa o neutral, como las de índole convencional que regulan el ejercicio del derecho de captura, contenidas en la Convención XI de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima y las de naturaleza consuetudinaria de la Parte V —párrafos 112 a 158— y los párrafos 65 y 66 del citado Manual de San Remo[206].

El *objeto* sobre el que puede recaer la conducta típica es tanto el *buque* como la *aeronave*, mejorándose la redacción del artículo 74.2º del Código Penal Militar al sustituir el adjetivo *"comercial"* que este emplea con referencia a uno u otra por la expresión *"no militares"*, que es la utilizada con relación a ambos por el ordinal 2º del artículo 611.

Dada la redacción del artículo 611.2º, la acción típica de destruir que se sanciona en el subtipo contenido en el artículo 613.1 h) solo puede recaer o tener por objeto buques o aeronaves capturados —y solo pueden serlo los buques o aeronaves no militares del adversario, y, excepcionalmente, los de tal índole de Estados neutrales o no Partes en el conflicto armado—[207].

Las naves y aeronaves mercantes —incluso, pues, de Estado— enemigas y neutrales capturadas solo pueden ser destruidas, como medida excepcional —excepción en la que no se incluyen las naves de pasajeros enemigas o neutrales capturadas siempre *"que solo transporten pasajeros civiles"*, *ex* párrafos 140 y 152 del Manual de San Remo—, cuando las circunstancias militares impidan apoderarse de ellas o enviarlas para que sean juzgadas como presas enemigas, y ello siempre que, con carácter previo a la destrucción —y conforme a los párrafos 139 a 151 del Manual de San Remo—, se provea a la seguridad de los pasajeros y la tripulación, se ponga a resguardo la documentación y los demás papeles concernientes a la presa o a la nave capturada y, de ser ello po-

---

[204] *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, p. 106.

[205] *Vid*. Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 132, noviembre-diciembre de 1995.

[206] *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 694 a 702.

[207] *Ibidem*, p. 694.

sible, se salvaguarden los efectos personales de los pasajeros y la tripulación —lo que, en relación a aeronaves, parece de práctica imposible—.

La *captura* es el derecho que tiene el beligerante de apoderarse, y, en su caso, confiscar, los buques y aeronaves mercantes enemigos y su cargamento, así como, en determinadas circunstancias, los buques y aeronaves mercantes neutrales y su cargamento[208]. Las normas que regulan el ejercicio del derecho de captura determinan *quien* puede ejercerlo como titular o sujeto activo —los buques de guerra y las aeronaves militares de los beligerantes—, el *tiempo* en que dicho derecho puede ejercitarse —mientras tengan lugar las hostilidades, con la excepción, no obligatoria *ex* artículo 1 de la Convención VI de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa al régimen de los buques mercantes enemigos al empezar las hostilidades, del instituto del indulto, días de gracia o plazo de favor al buque mercante de un beligerante que, al empezar las hostilidades, se encuentra en un puerto del enemigo, lo que, por analogía, ha de extenderse a la aeronave comercial que, al inicio de las hostilidades, se halle en territorio del adversario— y el *lugar* en que puede llevarse a cabo —siempre fuera de las aguas neutrales, es decir, las aguas interiores y el mar territorial de los neutrales y su espacio aéreo suprayacente, pero sí en la zona contigua y la zona económica exclusiva de estos y en el espacio aéreo suprayacente a tales aguas neutrales, y, naturalmente, en la alta mar y en el espacio aéreo suprayacente a ella—[209].

También han de seguirse las *formalidades* que se exigen para llevar a cabo la captura, los párrafos 119, 121 y 138 del Manual de San Remo han venido a avalar la procedencia de la *práctica de Kirkwall* o cambio de derrota del buque al que se pretende investigar, así como la del *navicert*, regulándose en los párrafos 146 y 153 del aludido Manual los supuestos en que las naves mercantes y las aeronaves civiles neutrales pueden ser capturadas y en los párrafos 147 y 148 y 154 y 155 del referido texto doctrinal los casos en que las mercancías a bordo de naves mercantes y aeronaves civiles neutrales pueden ser embargadas[210].

---

208 *Ibidem*, pp. 696 y 697. Están excluidos de la captura, además de los buques de guerra y las aeronaves militares enemigas, y las naves y las aeronaves auxiliares enemigas —que son objetivos militares y pueden ser atacadas, según los párrafos 65 y 66 del Manual de San Remo—, determinadas clases de buques y aeronaves enemigos que gozan de inmunidad contra la captura, señaladas en los párrafos 136 y 142 del aludido Manual, que siguen lo dispuesto en la Convención XI de La Haya de 1907, siempre que cumplan las condiciones a que hacen referencia los párrafos 137 y 143 del tan nombrado Manual.

209 *Ibidem*, pp. 698 y 699.

210 *Ibidem*, pp. 700 a 702.

➢ En la letra i) del apartado 1 del artículo 613 se incrimina la realización de ataques o actos de hostilidad contra las instalaciones, material, residencia privada o vehículos de cualquiera de los miembros del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas a que se refiere el ordinal 10º del artículo 612 o el hecho de amenazar con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica —un gobierno o una organización— a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

Esta letra reproduce, en su literalidad, el texto que se contiene en la Propuesta del CEDIH de 2007[211], que trae causa directa del artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de Roma, pudiendo predicarse del precepto cuanto se dijo del ordinal 10º del artículo 612, si bien el objeto de la acción que se conmina o amenaza es ahora de índole *material* y no personal, como en dicho ordinal, puesto que el subtipo que ahora nos ocupa se refiere, genéricamente, a los bienes u objetos —instalaciones, material, unidades, residencias privadas o vehículos— de los que se sirven o utilizan o que pertenecen a quienes participan en la operación y son objeto de protección en aquél ordinal 10º del artículo 612.

Desde luego, sobra, por redundante, la frase *"o realice actos de hostilidad contra"*, ya que el crimen de guerra del artículo 8.2 b) iii y e) iii del Estatuto de la Corte Penal Internacional se contrae al hecho de *"dirigir intencionalmente ataques"*, como así se hace constar en la oración típica del ordinal 10º del artículo 612. Por el contrario, en el artículo 613.1 i) además de añadir a la descripción típica esta innecesaria mención de los actos de hostilidad, se ha omitido la referencia a la intencionalidad[212], si bien en todo caso el *dolo específico* estará constituido por el propósito o intención y voluntad del autor de dirigir el ataque contra tales elementos materiales participantes en la operación[213].

Precisamente aquí debería haberse incluido la mención a la protección otorgada a *"bienes civiles"* —que tan innecesariamente se trae a colación en el artículo 612.10º—, insertando la frase *"siempre que tengan derecho a la protección otorgada a bienes civiles"*.

---

211 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 287.

212 *Vid.* Elementos de los Crímenes —Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000)—, artículo 8.2 b) iii, elemento 3 y e) iii, elemento 3.

213 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra"*, *op. cit.*, pp. 288 a 292; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit.*, pp. 670 a 676.

En todo lo demás, hemos de remitirnos a lo antes expuesto en relación al ordinal 10º del artículo 612, con la salvedad de que el ataque o el acto de hostilidad —que ha de ser, en todo caso, doloso— se ha de dirigir contra los bienes u objetos que, con carácter tasado o de *numerus clausus,* se enuncian en el precepto de mérito.

b) En el párrafo primero del apartado 2 del artículo 613 se contiene el *tipo agravado* de las conductas que se incriminan en las letras a) y b) del apartado 1 del indicado artículo, a cuyo tenor se faculta al órgano judicial —*"se podrá"*— para imponer la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 en razón de la concurrencia, en cualquiera de aquellas conductas, de alguna de las tres circunstancias determinantes de la agravación de las mismas, a saber, que los bienes culturales o lugares de culto se encuentren colocados *bajo protección especial* —situación prevista en los artículos 8 a 11, ambos inclusive, de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954 y en los artículos 11 a 17, ambos inclusive, del Reglamento de ejecución de la misma, y que, siempre que reúnan determinadas condiciones, solo puede afectar, según el prealudido artículo 8, a los refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, a los centros monumentales y a otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande y que, a tenor del artículo 9 del citado tratado, tendrán garantizada su *inmunidad*, debiendo abstenerse los Estados Partes en la Convención de 1954 de cualquier acto de hostilidad respecto a tales inmuebles desde el momento en que se hayan inscrito en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial[214]—, que se les haya conferido protección en virtud de *acuerdos especiales* —es decir, aquellos a los que se refiere el artículo 24 de la Convención de La Haya de 1954 y que pueden concertar las Altas Partes Contratantes sobre cualquier cuestión que juzguen oportuno solventar por separado, sin limitaciones en cuanto a la forma ni al momento de su conclusión, siempre, claro está, que en ellos no se disminuya la protección ofrecida por la Convención a los bienes culturales[215]— o, por último, que se encuentren bajo *protección reforzada*

---

214 *Vid*. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel: *"La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado"*. Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, enero-junio de 1995, pp. 462 y ss.; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999"*. Revista Española de Derecho Militar, enero-junio de 2001, pp. 389 a 392; GARCÍA LABAJO, Juan M.: *"La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado"* en *"Derecho Internacional Humanitario", op. cit.,* pp. 686 a 688.

215 *Vid.* TOMAN, Jiri: *"La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Conventión et du Protocole de La Haye du 14 mai 1954 pour la*

—que ha venido a sustituir, para los Estados Partes en el Segundo Protocolo de la Convención de 1954, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999, a la protección especial, y bajo la que pueden colocarse tanto bienes culturales inmuebles y lugares de culto como bienes culturales muebles, siempre que se trate de un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad, se cumplan las demás condiciones que fija el artículo 10 b) del Segundo Protocolo y aparezcan inscritos en la Lista Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Reforzada[216]—, si bien aquí se ha restringido la tutela penal a los bienes culturales inmuebles o lugares de culto y sus alrededores inmediatos, no obstante permitir el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 que se coloquen bajo esta clase de protección bienes culturales muebles[217]; esta, a nuestro juicio, ilógica limitación determina que los actos comprendidos en las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 613 solo podrán ser castigados con la pena prevista en el encabezamiento de dicho apartado, lo que, desde luego, no parece coherente con la articulación de un sistema, como el de protección reforzada, que trata de garantizar la inmunidad de los bienes culturales —incluso muebles— y lugares de culto, comprometiéndose los Estados Partes en el Segundo Protocolo —artículo 12— a abstenerse de hacer objeto de ataque a tales bienes y de utilizar dichos bienes o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares.

La Ley Orgánica 5/2010 ha venido a dar cumplimiento, en el artículo 613 del Código Penal, a la obligación imperativa que los Estados Partes en el Segundo Protocolo de 1999 asumen, *ex* inciso primero del párrafo 2 del artículo 15 de dicho tratado, a cuyo tenor *"cada Parte adoptará las medidas que sean*

---

protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que d'autres instruments de droit international relatifs a cette protection". Collection Patrimoine mondial, Éditions UNESCO, 1994, pp. 292 a 295; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 546.

216 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El Segundo Protocolo de la Convención de 1954..."*, *op. cit.*, pp. 389 y ss.; PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 677 y ss.; GARCÍA LABAJO, Juan M.: *"La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado"* en *"Derecho Internacional Humanitario"*, *op. cit*., pp. 700 y ss.

217 La exigencia de la importancia excepcional de los bienes —en este caso solamente inmuebles— bajo protección reforzada se expresa en el artículo 10 a) del Segundo Protocolo de 1999 con la fórmula *"que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad"*, lo que remite, casi literalmente, al concepto de *patrimonio mundial* usado en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural hecha en París el 23 de noviembre de 1972 —Instrumento de Aceptación de 18 de marzo de 1982; BOE núm. 156, de 1 de julio de 1982—.

necesarias para tipificar como delitos, con arreglo a su legislación nacional, las infracciones indicadas en el presente Artículo, y para sancionar esas infracciones con penas adecuadas", obligación de carácter no autoejecutivo que sólo puede satisfacerse mediante una actuación legislativa que la implemente en el ámbito interno o estatal, tipificando como delitos y sancionando con penas proporcionadas a su gravedad inmanente las infracciones graves o crímenes de guerra en sentido estricto enunciadas en el párrafo 1 del artículo 15 antedicho[218].

El concepto jurídico indeterminado de *alrededores inmediatos* que ahora se utiliza —trayéndolo del artículo 15.1 b) del Segundo Protocolo— en el apartado 2 del artículo 613 —similar, y por lo tanto igual de escasamente definitorio, que el de *la inmediata proximidad* que se contiene en la letra a) del apartado 1— trata de abarcar los accesos, inmediaciones y, en general, los lugares, dependencias, etc., que constituyan o integren una unidad inescindible con el bien cultural inmueble o lugar de culto bajo protección reforzada[219].

En definitiva, la agravación que se prevé en el párrafo primero de este apartado 2 se restringe, sin excepción, a los inmuebles.

Y en el párrafo segundo de este apartado 2 del artículo 613 se contiene una *cláusula general de agravación*, también de naturaleza potestativa o facultativa —*"se podrá"*—, para dos supuestos, a saber, que, como consecuencia de los hechos previstos en el apartado 1, se causen *destrucciones extensas e importantes* en los bienes, obras o instalaciones sobre los que tales conductas recaigan, o cuando tales hechos alcancen *extrema gravedad*.

En el artículo 613.1 a) se exigía la causación de extensas destrucciones en los bienes culturales o lugares de culto a los que se hubiera conferido protección en virtud de acuerdos especiales o colocados bajo protección reforzada como elemento objetivo del tipo de carácter positivo preciso para integrar la conducta típica que en tal letra se conminaba. Ahora, más acertadamente, se introduce esta exigencia de la destrucción *extensa* —o sea, a gran escala o en gran medida— como causa de agravación específica de la penalidad, si bien la destrucción no solo ha de ser extensa, en los términos dichos, sino *importante* —como exige el artículo 15.1 c) del Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999—, es decir, cuando su entidad sea tal —por el número o calidad de bienes afectados o por la intensidad de los daños causados— que merezca dicho

---

218 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"El Segundo Protocolo de la Convención de 1954...", op. cit.,* pp. 411 y 412.

219 *Ibidem,* p. 393.

calificativo. En definitiva, ha de concurrir tanto una circunstancia cuantitativa como otra cualitativa para que sea factible la agravación.

También merece un juicio positivo la previsión de la agravación facultativa que se contiene en este párrafo segundo del apartado 2 para los supuestos de *extrema gravedad*, tal y como preveía el último inciso del apartado 2 del precepto de 1995. Este concepto jurídico indeterminado permitirá al juzgador ponderar, en cada caso, una serie de factores, de variada índole —entidad o extensión del resultado destructivo, la individualidad o el número de los bienes afectados, las consecuencias que la utilización, apropiación, robo, deterioro o destrucción comporten tanto para los propios bienes culturales como para la humanidad o para la población civil en el caso de los actos cuya comisión se conmina en las letras d) a g) o por su gravedad intrínseca en los supuestos de las letras h) e i)—. La extrema gravedad no podrá derivar sino de circunstancias inherentes o relacionadas con la corporeidad o destino a que estuvieran afectados los propios bienes u objetos materiales protegidos[220].

Rige el *principio de jurisdicción universal —limitada o corregida* y *facultativa—* en el sentido que establece el artículo 16 del Segundo Protocolo, siempre que el presunto autor sea nacional de un Estado Parte en aquél tratado y *"esté presente en el territorio"* del Estado que ejerza jurisdicción *"cuando se trate de las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del primer párrafo del Artículo 15"* de dicho instrumento —es decir, en los supuestos de ataques contra bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos o de utilización indebida de tales bienes y lugares o sus alrededores inmediatos en apoyo de una acción militar a que se refiere el párrafo primero del apartado 2 y en los casos de destrucciones importantes de bienes culturales o lugares de culto bajo protección general, especial o reforzada a que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 613—, salvo que se trate de los miembros de las fuerzas armadas y los nacionales de Estados no Partes en el Segundo Protocolo, que, a tenor del artículo 16.2 b) de este, *"no incurrirán en responsabilidad penal individual en virtud o a resultas de dicho instrumento"*, lo que, en definitiva, supone que de este debilitado régimen de jurisdicción universal se excluye a los nacionales de los Estados que no sean Partes, al momento del enjuiciamiento de los hechos, en el Segundo Protocolo.

---

220 *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español...", op. cit.*, pp. 536 y ss.

d) El artículo 614

En el artículo 614, en el que se contiene el *tipo general residual*[221] de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, se incriminan cualesquiera simples infracciones o meros actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España sea Parte y relativos a las materias que, en el texto del mismo, se especifican, que no estén sancionadas, de manera individualizada o singularizada, en los artículos precedentes[222].

Ahora, la Ley Orgánica 5/2010, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2007, que, a su vez, reproduce la de 2001 en esta materia[223], modifica los tiempos de los verbos *realizare* y *ordenare* que empleaba el precepto originario, que se sustituyen por *realizar* y *ordenar*, ello a fin de igualarlos con los demás tiempos verbales empleados en el Capítulo.

Además, se añade a la oración típica la frase *"regulación de los medios y métodos de combate"*.

El fundamento de esta adición reside en la conveniencia de incriminar determinadas infracciones, no tipificadas en el artículo 610, que supongan violaciones de los tratados internacionales que regulan estas materias en los que España es Parte, como las ya citadas Convenciones de 10 de abril de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas —biológicas— y toxínicas y sobre su destrucción, de 13 de enero de 1993 sobre prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, de 18 de septiembre de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción y de 30 de mayo de 2008 sobre municiones en racimo, ello sin descartar la posible sanción de otras infracciones, distintas del empleo de ciertas armas, de la Convención de 10 de octubre de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados —cuyo artículo 1 fue enmendado, el 21 de diciembre de 2001, para hacerla aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional—, con sus cinco Protocolos anexos, los tres primeros relativos, respectivamente, a los fragmentos no localizables por rayos X, a las minas, armas trampa y otros artefactos y a las armas incendiarias, un

---

221 *Ibidem*, pp. 596 y ss.

222 *Ibidem*, p. 597.

223 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit.*, p. 106; Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit.*, p. 288.

IV Protocolo —de 1995— relativo a la prohibición del empleo y la transferencia de armas láser cegadoras —es decir, las armas láser específicamente concebidas, como única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada, es decir, al ojo descubierto o al ojo provisto de dispositivos correctores de la vista— y un V Protocolo, de 28 de noviembre de 2003, relativo a restos explosivos de guerra, o violaciones —distintas del empleo— de la Convención de 10 de diciembre de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles. En estos supuestos, la redacción anterior del precepto difícilmente abarcaba estas infracciones, al referirse, únicamente, a los tratados internacionales en los que España fuere parte *"relativos a la conducción de las hostilidades"*[224].

Hubiera sido conveniente, tal y como preveía la Propuesta del CEDIH de 2001[225], adjetivar como *debido* el trato a los prisioneros de guerra, de manera que, por lo que a los mismos concierne, las *otras infracciones o actos contrarios* que se incriminan en el artículo 614 son las atinentes, exclusivamente, al trato que, *ex* Convenio III de Ginebra de 1949 y Protocolo I Adicional de 1977, resulta jurídicamente *obligado* —es decir, debido— dar a tales personas protegidas[226].

Finalmente, reseñar que la referencia que el texto originario del artículo 614 contiene a la *"protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado"* permite subsumir en este tipo general residual aquellos actos susceptibles de ser calificados como cualquiera de las *otras violaciones de la Convención de 1954 o del Segundo Protocolo de 1999* a que se refiere el artículo 21 de este último tratado, que solo impone a las Partes en el mismo el deber de adoptar las medidas legislativas, administrativas o disciplinarias que puedan ser necesarias para que cesen tales actos, violaciones que dicho precepto convencional concreta o especifica señalando que las mismas son *"toda utilización de bienes culturales en violación de la Convención o del presente Protocolo"* —que no sea susceptible de cobijarse en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 15 de este último instrumento, y, por ende, en el artículo 613.1 b) del Código Penal— y *"toda exportación y cualquier otro desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales desde un territorio ocupado en violación de la Convención o del presente Protocolo"* —que no puedan ser incardinados en la apro-

---

224 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., pp. 703 y 704.

225 *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2001, *op. cit*., p. 124.

226 *Vid*. PIGNATELLI Y MECA, Fernando: *"La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español..."*, *op. cit*., p. 704.

piación a gran escala, el robo o el saqueo que se enuncian en el artículo 15.1 c) y e) del Segundo Protocolo y se conminan por la Ley Orgánica 5/2010 en el artículo 613.1 c) del Código Penal—.

2.4. En materia de disposiciones comunes al Título XXIV del Libro Segundo del Código Penal

En el Capítulo IV del Título XXIV, relativo a las disposiciones comunes al Título, se ha modificado por la Ley Orgánica 5/2010 la redacción del artículo 615, a fin de, en buena lógica, reducir el ámbito de aplicación de dicho precepto a los delitos previstos "*en los capítulos anteriores de este Título*" y no "*en este título*" como, erróneamente, se consignaba en el texto originario del precepto. Son los cuatro primeros Capítulos del Título XXIV los que configuran diversos tipos delictivos y a ellos, y sólo a ellos, se refieren las disposiciones del Capítulo IV, que también forma parte de dicho Título.

Finalmente, se ha modificado la redacción del artículo 616.

En primer lugar se han introducido, con cierta falta de coherencia, ciertas correcciones en el léxico empleado en el texto del precepto, tales como la utilización de letras minúsculas para designar a los "*jueces y tribunales*" —aunque en el ordinal 8º añadido por la Ley Orgánica 5/2010 al artículo 611 se emplean letras mayúsculas al designar al "*Juez o Tribunal*"—, además de la separación de ambos vocablos mediante la copulativa "*y*" en lugar de la disyuntiva "*o*" —disyuntiva que utiliza aquél ordinal 8º del artículo 611—. Por otro lado, siguiendo coherentemente la modificación llevada a cabo en el artículo 615, y por las mismas razones, se sustituye la frase "*delitos comprendidos en este Título*" que empleaba la redacción anterior del precepto por la de "*delitos comprendidos en los Capítulos anteriores de este Título*".

Y, por último, siguiendo la Propuesta del CEDIH de 2007[227], se excepciona la aplicación automática o imperativa de la *causa especial de agravación* contenida en este artículo 616 para las autoridades o funcionarios públicos —y facultativa u opcional para los particulares[228]— en los casos de los delitos previstos en los artículos 614 y 615 bis, apartados 2 y 6.

Acertadamente se ha entendido que las penas privativas de derechos de inhabilitación absoluta y especial resultan desproporcionadas para las conduc-

---

[227] *Vid.* Propuesta del CEDIH de 2007, *op. cit*., pp. 288 y 289.

[228] *Vid.* PIGNATELLI Y MECA, Fernando: "*Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español*", *op. cit.,* p. 877.

tas incriminadas en el artículo 614 —que prevé una pena privativa de libertad de seis meses a dos años de prisión, es decir, menos grave a tenor del artículo 33.3 a)—; e igualmente lo son para el supuesto de imprudencia grave previsto en el apartado 2 del artículo 615 bis, conducta que no parece que deba castigarse, además de con la pena privativa de libertad que prevé el precepto —la inferior en uno o dos grados a la que corresponda a los autores—, con la inhabilitación absoluta o especial.

Finalmente, y dado que el apartado 6 del artículo 615 bis adiciona a la conducta del funcionario o autoridad que, faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV de que tuviera noticia, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, resultaba incoherente que, al propio tiempo, a tenor del inciso primero del artículo 616, hubiera de imponérsele, imperativamente, además de dicha pena, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años, por lo que, razonablemente, se ha suprimido la previsión de la misma en tales supuestos.

El principio de prohibición de daños inaceptables. Un nuevo principio de Derecho Internacional Humanitario emergente de la convención de Oslo sobre municiones en racimo

José Luis Doménech Omedas
Coronel de artillería

A Gonzalo Jar que me guiará en este trabajo que quiere ser un complemento del suyo, finalizado pocos días antes de su muerte.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Convención sobre Municiones en Racimo no solo trata de prohibir, sino de eliminar, de erradicar, una determinada categoría de armas, en razón a que causan un impacto humanitario que se considera inaceptable. El núcleo del tratado, sobre el cual giran todos los demás aspectos: transferencias, periodos de transición, interoperabilidad, asistencia a las víctimas, etc., es sin duda su artículo 2, en el que se define lo que se entiende por "munición en racimo", término que subsume en su descripción solo un tipo de arma: aquella que causa daños inaceptables en la población civil. La prohibición no es absoluta, por tanto, como ocurre con las minas antipersonal en la Convención de Ottawa de 1997, ni condicionada o restrictiva, como en el caso de la Convención de Nueva York de 1980. Con esta Convención de Oslo, se abre, a mi juicio, en la regulación de las armas, una tercera vía, entre los procesos de preponderancia humanitaria y los que conectan más con los foros de desarme, en cuanto que posibilita a los Estados dedicar su esfuerzo de investigación y desarrollo

a fabricar armas que cumplan requerimientos humanitarios, expresados claramente, en un lenguaje jurídico que incorpore conceptos técnicos, de forma que facilite tanto el diseño del arma permitida como la supervisión y detección de las prohibidas.

Como decía en CICR en Las negociaciones de Dublín, el punto de partida de la Convención era un enfoque basado en el Derecho Humanitario Internacional más que un enfoque basado en el control de armas. Cuando ciertas armas pasan a estar controladas por el Derecho Humanitario Internacional, es porque las normas generales se consideran inadecuadas, debido al daño concreto que causan esas armas. En el contexto de la Convención sobre minas terrestres antipersonal, se había apoyado una prohibición general en razón al daño no potencial sino real de las minas. Las submuniciones no pertenecían a la misma categoría que las minas terrestres, inhumanas y traicioneras en su esencia; no estaban diseñadas para explotar con el concurso de la víctima, y los daños a civiles, no intencionales, se producían al fallar en el impacto. No era la naturaleza intrínseca de esta arma, sino sus características, lo que era problemático. Todas las armas, decía el CICR, pueden usarse indiscriminadamente y ninguna convención puede descartar por completo cualquier daño a los civiles[1].

No ha sido fácil llevar a buen puerto el Proceso de Oslo, que se inició en febrero de 2007 por un grupo de Estados, las Naciones Unidas, el Comité internacional de la Cruz Roja, la Coalición contra Municiones en Racimo y otras organizaciones humanitarias en las que se reconocían las graves consecuencias del uso de municiones en racimo y la necesidad de tomar medidas inmediatas. Los Estados formularon la Declaración de Oslo por la que se comprometían a concluir en 2008 un instrumento internacional legalmente vinculante que prohibiera las municiones en racimo que causan daños inaceptables a civiles. En las líneas que siguen intentaré una aproximación a este emergente "principio de prohibición de daños inaceptables" que se reafirma en el preámbulo de la Convención, y lo haré desde las experiencias vividas en las arduas negociaciones que tuvieron lugar en el estadio Croke Park de Dublín, como miembro de la Delegación de la Federación internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (IFRC). Las ideas y comentarios que, en su día, envié a la Federación antes de iniciarse la Conferencia expresaban

---

1 Resumen de las actas de la undécima sesión de la comisión plenaria celebrada en Croke Park, Dublín, el lunes, 26 de mayo 2008. CCM/CW/SR/11.

el punto de vista de la Cruz Roja Española y me parece que merece la pena, desde el punto de vista documental, reproducirlos a pie de página[2].

---

[2] Spanish comments and thoughts on the draft of a future cluster munitions convention
1. Background
Spain has formulated a pledge in the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent as follows:
"Disseminate and energetically support the 2007 Oslo Declaration on cluster munitions, promoting the approval in 2008 of an international treaty prohibiting the use, development, production, stockpiling and transfer of cluster munitions, requiring their destruction and providing for assistance to the victims and the clearing of areas contaminated by these weapons".
And the proposed evaluation criteria:
"– Assessment of courses and dissemination activities on the need to ban cluster munitions.
– Studies and reports submitted to the government, aimed at promoting the prohibition of cluster munitions.
– Report on dissemination campaigns carried out with the aim of making the public aware of the dangers to which cluster munitions expose the civilian population".
2. The effects of cluster munitions
The Spanish Red Cross believes that the ICRC proposal to modify paragraph 2 covers all three situations in which cluster munitions can cause humanitarian impact:
• At the time of their use
• When they fail to function as intended or
• When they are abandoned.
3. Transitional periods
The Spanish Red Cross considers reasonable the ICRC's opinion contrary to the establishment of transitional periods, since it would be a contradiction in reconciling the purposes of participating States to put a definitive end to the suffering and casualties caused by cluster munitions, with the establishment of moratoriums or transitional periods. Above all, the ICRC is concerned with the fact that the transition periods allow the transfer and that cluster munitions can be smuggled rather than being destroyed.
4. Capitalising on the experience of the Ottawa Treaty in areas such as interoperability, General obligations, Victim Assistance and International cooperation and assistance.
To ensure a uniform interpretation of paragraph c of Article 1 would be advisable to take the experience of the Ottawa Convention in the problem of joint or combined operations. The experience of the past decade in this regard has shown that this kind of situation can be managed without fractures inside the military alliances.
We believe that it could be appropriate a proposal for inclusion in the preamble about the profits effects of the Ottawa treaty on a common understanding of these issues.
"Welcoming the overall support of the international norm prohibiting the use of antipersonnel mines contained in the Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Antipersonnel Mines and their Destruction and the progress made regarding its application and uniform interpretation".
5. Definitions
The three main exceptions proposed by the states are:
• Exceptions based on the low number of submunitions (ie less than 10)
• Exceptions based on the reliability
• Exceptions based on accuracy

The Spanish Red Cross believes that an effort has been made by the International Committee of the Red Cross (ICRC) to bring positions, by not specifically reject exceptions, provided under the following conditions:
• All the three exceptions are cumulative
• The reliability and accuracy of the submunitions should be tested in real combat situations instead experimental polygons.
6. Clearance and risk education
We believe that the two activities should be interlinked. So we agree with the proposal coming from the Un Mine Action Team in order to add "risk reduction education" at the title of the article 4:
"Article 4.– Clearance and Destruction of Cluster Munition Remnants and Risk Reduction Educatión"
6. Victim Assistance
The assistance should cover situations of armed conflict, post-conflict and occupation. It should therefore take into account the relevant rules of international humanitarian law. Our proposal would be to introduce a reference to humanitarian law.
"1. Each State party concerning to cluster munitions victims in areas under its jurisdiction or control developes, in accordance with **international humanitarian law and** international human rights law, adequately provide for their medical care and rehabilitation, psychological support and social and economic inclusion.
Each State party shall make the effort to collect reliable and relevant data with respect to cluster munition victims".
In regard to paragraph 2 of Article 5 the Spanish Red Cross agrees with the ICCR view that more operative language is needed.
In that sense we feel that the development of the mine ban treaty can be useful.
Moreover The Standing Committee on Victim Assistance and Socio-Economic Reintegration of the Treaty on the Prohibition of Landmines promotes a holistic approach and comprehensive assistance to victims based on a definition of three levels of mine victims. This implies that the "victims" are those directly affected, their families and communities affected by mines. Consequently, victim assistance is seen as a wide range of activities that benefit individuals, families and communities.
On the other hand, despite the absence from the mine ban treaty of significant provisions on victim assistance, the Nairobi Action Plan contains valuable advances in matters related with clearance and victim assistance such as those listed below:
• Prioritising clearance of areas with highest human impact
• Integrating risks education programmes into education systems
• Making their problems, plans, progress and priorities for assistance known to other States Parties, the United Nations, regional organizations, the ICRC and specialized non-governmental organisations.
• Ensuring the continuity and sustainability of resource commitments
• Strengthening efforts to enable mine-affected States Parties to participate in the fullest possible exchange of equipment, material and scientific and technological information concerning the implementation of the Convention
• Improving heath-care infrastructure and ensuring that facilities have the equipment, supplies and medicines necessary to meet basic standards
• Increasing national physical rehabilitation capacity to ensure effective provision of physical rehabilitation services

II. CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DAÑOS INACEPTABLES

En la configuración de este principio cabe resaltar la importancia de la Declaración de San Petersburgo de 1868, que se refiere a la cuestión de los desarrollos futuros en la fabricación de armamentos, y prohíbe el empleo de armas que provoquen un sufrimiento adicional inútil, a la vez que acepta que uno de los objetivos legítimos de la guerra sea poner fuera de combate al enemigo y describe con exactitud los limites humanitarios al confrontarlos con el principio de necesidad militar. La consideración de que el DIH debe ser el producto de una transacción o compromiso entre intereses difícilmente compatibles, expresada con claridad en esta Declaración, dará su verdadera dimensión, en cuanto a que esta rama del derecho no pretende humanizar las guerras sino introducir principios de humanidad en las mismas[3].

Se nutre del principio de limitación de medios y métodos que aparece en el tiempo como una reacción normativa contra las armas que causan daños excesivos, superfluos o sufrimientos innecesarios, en la que la preocupación humanitaria se dirige a la protección de los combatientes: "Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo", dice el artículo 22 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la guerra terrestre de La Haya, de 1899. Posteriormente, la necesidad de proteger a la población civil, hará que se concrete y desarrolle en la primera Sección del Título III del Protocolo I de 1977 "Métodos y medios de guerra" el principio de distinción, que provocará la prohibición de las armas que no distinguen entre combatientes y población civil, es decir las armas indiscriminadas. El artículo 51.4 del Protocolo I prohíbe los ataques indiscriminados, incluidos: "los que emplean métodos o medios de combate que no pueden

---

• Developing capacities to meet the psychological and social support needs of mine victims, including their families and communities
• Providing education and vocational training and developing sustainable economic activities and employment opportunities
• Ensuring that national legal and policy frameworks effectively address the needs and fundamental human rights of mine victims, establishing as soon as possible, such legislation and policies and assuring effective rehabilitation and socio-economic reintegration services for all persons with disabilities
• Ensuring that, in all victim assistance efforts, emphasis is given to age and gender considerations.
Such progress could be include to the convention in the form of operational obligations. (Art. 5).

3 José Luis Doménech. "Derecho Internacional Humanitario", pp. 311-355. Obra colectiva. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

dirigirse contra un objetivo militar concreto" y "los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar. Parece por tanto que el arma indiscriminada es:

- La que no tiene precisión, por su naturaleza o por su modalidad de empleo, por sus condiciones de fabricación, o por su utilización.
- La que no puede controlarse, porque carece de mecanismos de guía, destrucción y desactivación. El control de un arma puede afectar a su posesión (evitar la proliferación) y por su uso. La falta de control en su uso puede darse por su naturaleza intrínseca (mina antipersonal) o por sus condiciones de fabricación (municiones en racimo).
- La que sus efectos incidentales sobre las personas y bienes civiles resultan desproporcionados.

Del mismo modo que el principio de distinción nos conduce al concepto de arma indiscriminada, esta nos lleva al concepto de arma que causa daños inaceptables en la población civil, pero con un matiz diferencial muy importante: el arma se prohíbe únicamente por su resultado dañoso, por sus efectos inaceptables. Ya no se busca la prohibición general de un arma como categoría, con independencia de sus efectos. En el artículo 2c, finalmente aprobado, se habla no de armas indiscriminadas, sino de efectos indiscriminados. Se esta iniciando un camino de encuentro, un guiño a Los Estados que no quieren renunciar a un arma de utilidad militar, pero pueden hacer un esfuerzo tecnológico por limitar su impacto humanitario. Estados Unidos no ha suscrito la "Convención de Ottawa" y no tiene intención de hacerlo. Así lo manifestó en la declaración que presentó aneja a la resolución de la OEA aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2004, cuyo lema era "Las Américas como zona libre de minas terrestres"[4], y en la que EEUU afirmaba que, respecto a la denominación de "zona libre de minas", prefiere hablar de situación "libre de los efectos de las minas" o de "seguridad con respecto a las minas". Los elementos clave de la postura norteamericana nos recuerdan, en su filosofía, a las excepciones finalmente acordadas en la Convención de Oslo:

a) un compromiso firme y fijo a no utilizar minas terrestres persistentes (a saber, aquellas que no se autodestruyen o desactivan automáticamente);

---

4 AG/res. 2003 (XXXIV-o/04) Las américas como zona libre de minas terrestres antipersonal http://www.oas.org/XXXIVGA/spanish/docs_approved/agres2003_04.asp.

b) un firme compromiso a no utilizar minas no detectables de ningún tipo para finales de este año (2010);

La distinción norteamericana entre un mundo libre de una categoría de armas y un mundo libre de sus efectos, le permite no renunciar a su utilidad militar siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Lo cierto es que aunque EEUU tampoco ha firmado la Convención de Oslo, ya no tendría, a mi juicio, razones estratégicas para no hacerlo a medio plazo.

III. LA NECESIDAD DE ESTABLECER CRITERIOS DE INACEPTABILIDAD DE DAÑOS

La preocupación humanitaria no se reduce únicamente a evitar el peligro de las municiones en racimo en el momento de su uso, sino también cuando no funcionan como se esperaba o cuando son abandonadas. Esta triple intención que aparece en el Preámbulo de la Convención, nos indica con claridad el paralelismo, sin visos de confluencia inmediata, entre el proceso de Oslo y el proceso dentro del marco de la CCW (Convención sobre Ciertas Armas Convencionales)[5]. Los miembros de la Unión Europea remitieron, por medio del Grupo de Expertos Europeos (GGE), para su consideración, una propuesta de un nuevo mandato para conseguir un instrumento CCW a finales de 2008, para prohibir las municiones en racimo que causaran daños inaceptables a los civiles e incluyera disposiciones en materia de cooperación y asistencia[6]. Las diferencias entre los dos procesos, no obstante, siguen siendo evidentes. EEUU es partidario de que en el marco CCW se contemplen únicamente los efectos posconflicto, sin considerar los peligros de la munición en racimo en el momento de su uso ni las consecuencias humanitarias de su probable proliferación[7].

---

5 En el marco CCW, hay resistencias a un nuevo instrumento legal sobre las municiones en racimo.

6 See Draft CCW Negotiating Mandate on Cluster Munitions submitted by Germany on Behalf of the European Union, UN doc. CCW/GGE/2007/WP.3, 1 June 2007.

7 Richard Kidd, Director of the US State Department's Office of Weapons Removal and Abatement, outlined some "practical steps" that "merit examination". However, he limited these to post-conflict effects and argued that the threat cluster munitions pose to civilians "is episodic, manageable within current response mechanisms and, on a global scale, less harmful than threat[s] posed by other types of unexploded munitions". Disarmament Diplomacy Issue No. 88, Summer 2008.

Desde el principio de la Conferencia Diplomática de Dublín, se hizo patente que el éxito de las negociaciones era muy complicado porque las posturas eran extremas[8]. La postura del secretario general de las Naciones Unidas, expresada en la Conferencia Diplomática a través de un video, era que las municiones en racimo son particularmente indiscriminadas y poco fiables dada su naturaleza imprecisa y su frecuente mal funcionamiento. Según la experiencia de la familia de organismos de las Naciones Unidas, todas las municiones en racimo utilizadas hasta la fecha causan daños inaceptables a civiles y deberían ser prohibidas. Por su parte, Laos, país directamente afectado, rechazó la idea de que algunas municiones en racimo causen daños "aceptables". En la misma línea, otro país "víctima", Líbano, señaló que todas las municiones en racimo usadas en el terreno hasta la fecha habían resultado poco fiables e indiscriminadas. El Grupo de Estados Miembros de América Latina y el Caribe (GRULAC) y el Grupo Africano participaban de esta postura.

En otra dirección, expresando el sentir del bloque de la Unión Europea y la OTAN, Canadá se oponía a cualquier definición de municiones en racimo que fuera demasiado amplia, alegando que una definición así reflejaría la presunción indefendible de que ninguna munición en racimo, existente o futura, puede ser lo bastante precisa para cumplir las normas establecidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Los debates que se produjeron habían revelado que los Estados podían dividirse, a grandes rasgos, en tres grupos por lo que respecta a esta cuestión[9]:

(i) aquéllos que consideraban que todas las municiones en racimo deberían estar prohibidas; La CMC (Coalition Cluster Munition) lideraba la opinión de que no cabían excepciones en la definición de municiones en racimo[10].

---

8 Creo que es útil recoger determinados términos que hicieron fortuna en el proceso de Oslo con respecto a los intereses que defendían los Estados.
"Core Group": Austria, the Santa Sede, Irlanda, Mejico, Nueva Zelandia, Noruega y Perú Fueron los que facilitaron el proceso.
'like-minded'. Impreciso y amorfo grupo de Estados que se distinguían por sus lazos con EEUU, por el temor de perder sus arsenales y por los problemas derivados de sus compromisos militares.
'teetotallers'. Grupo de Estados que preconizaban la prohibición sin excepciones, que no admitían los periodos de transición ni la interoperabilidad.

9 CCM/CW/SR/1. Resumen de las actas de la primera sesión de la comisión plenaria. Celebrada en Croke Park, Dublín, el lunes, 19 de mayo de 2008.

10 La Coalición contra las Municiones en Racimo postulaba que la Convención debería prohibir todas las municiones en racimo como categoría. No obstante, reconoció durante el proceso negociador que el apoyo hacia una prohibición completa era cada vez más reducido.

(ii) aquéllos que estaban a favor de adoptar criterios que reflejaran qué hace que una munición en racimo cause daños inaceptables. Esta era la más cercana a los términos de la Declaración de Oslo y hay que hacer constar que la Cruz Roja Española había expresado, contracorriente, su esperanza en el éxito de la Conferencia, al manifestarle por escrito al Ministerio de Asuntos Exteriores su opinión, en cuanto a considerar positivo, a la vez que proporcionaba posibilidades reales de que la Convención saliera adelante, el hecho de que potencias militares productoras y que estaban en posesión de significativos almacenes de municiones en racimo, como era el caso de Francia, Alemania y el Reino Unido, hubieran suscrito la declaración de Wellington y participaran activamente en la Conferencia.

(iii) aquéllos que estaban a favor de excluir de la prohibición las municiones en racimo que fabricaban y/o empleaban[11]. Entre ellos se encontró, de hecho y por sorpresa, España, cuya Delegación mantuvo hasta el último momento una dura pugna con otros países productores de municiones en racimo, defendiendo que se excepcionara la munición de mortero MAT-120, fabricada por Instalaza, en Zaragoza, con 21 submuniciones, cuyas espoletas electrónicas estaban dotadas de dispositivos de autodestrucción y autoneutralización, eliminando así el riesgo de municiones activas abandonadas sobre el terreno. Digo por sorpresa, porque el jefe de la delegación española en Dublín, el Subdirector General de No Proliferación y Desarme, Ignacio Sánchez de Lerín, había asegurado que: “Un buen tratado debe incluir excepciones a la prohibición total que estén claramente reguladas e inspiradas por preocupaciones humanitarias, no por preocupaciones de carácter militar o industrial”[12]. Se impuso finalmente una tesis más restrictiva que dejaba bajo el ámbito de prohibición a la munición española y a alrededor del 97% de las armas entonces fabricadas y solamente pasaban el filtro tres municiones:

- un tipo de munición inteligente fabricada en Alemania, la SMART-155, capaz de detectar cada submunición un solo objetivo, engancharse a él y dirigir selectivamente su ataque, estando provista, en caso de fallo, de un mecanismo electrónico de autodesactivación y autodestrucción.
- La Franco-sueca BONUS, similar a la alemana, también de vector artillero, que incorpora una combinación de sensores láser e infrarrojos.

---

[11] La delegación británica también luchó muy duramente por el misil M73, de submuniciones de “fuego directo”, disparado desde helicópteros de ataque Apache.

[12] La presencia entre los miembros de la Delegación española de un representante de la Dirección General de Armamento y Material, podía ser interpretada positivamente por la conveniencia de contar con un experto en tecnología militar. Los hechos demostraron que no fue un acierto, ya que fue determinante en la orientación de la delegación.

- La estadounidense US SADARM project. Los tres sistemas usan munición de artillería, que contiene dos submuniciones cada una y no han sido utilizadas ni almacenadas en grandes cantidades.

El CICR contribuyó de forma decisiva al éxito de la conferencia, buscando desde el primer momento soluciones viables, apartándose de la estrategia de la CMC partidaria de una prohibición general sin excepciones, e hizo un esfuerzo considerable en acercar posturas, al no rechazar taxativamente que hubiera excepciones siempre que las excepciones fueran acumulativas y que la fiabilidad y precisión de las submuniciones fueran testadas en situaciones reales de combate y no en polígonos de experiencias[13]. El CICR, explicó su opinión en una conferencia organizada, en las instalaciones del estadio irlandés de Croke Park, para los participantes de la Conferencia Diplomática. Estaba basada en el pragmatismo y la experiencia en la ayuda humanitaria a las víctimas de los conflictos armados, que hace referenciar en la mejora real y no utópica, el sistema de protección a las víctimas. Si se lograba un texto consensuado, aprobando una definición de munición en racimo que dejara sin prohibir un escaso porcentaje de municiones que lograran pasar el filtro del daño inaceptable, de entre las actualmente fabricadas, la humanidad habría dado un significativo paso adelante. La acidez y destemplanza de alguna de las preguntas subsiguientes en el coloquio, mostraron el disgusto que había producido su moderación en el bloque partidario de la prohibición total.

Por su parte la Delegación de la Federación de Sociedades de la Cruz roja y Media Luna Roja había elaborado un plan de acción[14] en el que se preveían

---

13 El texto final acogió las siguientes excepciones:
Una munición que, a fin de evitar efectos indiscriminados en una zona, así como los riesgos que entrañan las submuniciones sin estallar, reúne todas las características siguientes:
(i) Cada munición contiene menos de diez submuniciones explosivas;
(ii) Cada submunición explosiva pesa más de cuatro kilogramos;
(iii) Cada submunición explosiva está diseñada para detectar y atacar un objeto que constituya un blanco único;
(iv) Cada submunición explosiva está equipada con un mecanismo de autodestrucción electrónico;
(v) Cada submunición explosiva está equipada con un dispositivo de autodesactivación electrónico;

14 Notes from telephone conversation between John Roycroft (Irish RC) and Bernt Apeland (Norwegian RC) on May 16. Also in attendance Noel Wardick, Head of International Department, Irish Red Cross and Preben Marcussen, Norwegian Red Cross.
The SG of the Irish Red Cross and Head of Delegation, Mr John Roycroft, is responsible for all official tasks on behalf of the Delegation, including representations at official meetings,

statements in the plenary, etc. Bernt Apeland is responsible for the Delegation's input to the drafting process of the conference. Ms Anne Sophie Lauritzen (Danish Red Cross) acts on Bernt Apeland's behalf until he arrives on May 23.
John Roycroft and/or Noel Wardick and Bernt Apeland will meet with the ICRC each morning to coordinate. If for any reason a face to face meeting is not possible communication will take place by phone. It is to be noted that the office of the Irish Red Cross is less than a two minute walk from the Davenport Hotel where the ICRC delegation and Bernt Apeland are staying. This may facilitate early morning breakfast meetings. The North Star hotel where the rest of the IFRC delegation is staying is on the way to Croke Park from the Davenport so meeting in the North Star Hotel should also be relatively straightforward.
The members of the Delegation meet at the Croke Park Conference Center each day at 09.00.
CMC hosts a side-event on Tuesday May 20. ICRC and Danish Red Cross and Irish Red Cross will give a brief presentation how National Societies have worked with their Governments and Civil Society on this issue. **Bernt/Preben,** do you have any further details on this? Who is the side event aimed at, target audience etc? Location? Time... *Noel*?
Liaising with key actors:
The delegation should be in continuous contact with key delegations, as listed below. Although the list is not exhaustive, it consists of the most relevant delegations taking the composition of the delegation into account. The liaising implies getting information, but also feeding in the views of the Federation.
Liaise with the Presidency: *Irish Red Cross.*
Liaise with National Societies in Government Delegations: *Irish Red Cross.*
Liaise with the Norwegian Government: *Bernt Apeland.*
Liaise with the ICRC: *Bernt Apeland/Irish Red Cross.*
Liaise with relevant Spanish speaking Delegations: *José Luis Doménech Omedas.*
Liaise with the Slovenian (EU Presidency) Delegation: *José Luis Doménech Omedas.*
Liaise with the Danish Delegation: *Anne Sophie Lauritzen/Anne Sofie Pedersen.*
Liaise with the Cluster Munition Coalition: *Anne Sophie Lauritzen/Anne Sofie Pedersen.*
Liaise with the Swedish Delegation: *Nathalie Wroblevski.*
Information sharing, responsibilities:
Each morning and evening the IFRC Delegation meets outside of the conference room to share information and views.
The purpose of the morning meeting is to analyze the deliberations and the different Delegations' positions, and based on the IFRC's constitutional views formulate the IFRC position on the concerned topics and decide in which forum this has to be presented. The most obvious channels are bilateral dialogues with other delegations and interventions in the plenary debate, as well as other subsidiary bodies if such were to be established. The delegation must also agree on participation at different side-events.
Responsibility: *All members of the IFRC Delegation participate.*
The Delegation should prepare messages for delivery in the plenary discussion, if the situation calls for, on issues of key concern.
Responsibility: *The Irish Red Cross, Anne Sofie Lauritzen and Bernt Apeland.*
The purpose of the evening meeting is to sum up the day's events and achievements/challenges for the IFRC Delegation, as well as expected future process. The report will also include the position of particularly important State Delegations for the Federation in Geneva to decide whether they should pass this information on to the National Societies in order to enable them to interact with their capitols.

reuniones diarias de coordinación con el CICR, que resultaron ser muy fructíferas y en un ambiente de amistad y camaradería muy notables. Una de nuestras responsabilidades más importantes era la de establecer contactos con las demás delegaciones, con la finalidad de obtener información y exponer los puntos de vista de la Federación. A mi me asignaron el enlace con la delegación de la Unión Europea, cuya presidencia le correspondía a Eslovenia, y a las delegaciones de habla hispana, y he de dar constancia de la eficacia de los múltiples contactos informales que se producían, aprovechando cualquier ocasión que facilitaba el hecho de estar juntos tantas horas en CroKe Park, y también en los actos de protocolo organizados por el Gobierno Irlandés que desempeñó su papel de anfitrión y de motor de la conferencia a la perfección[15].

Dos delegaciones gubernamentales fueron particularmente clarividentes en cuanto a los retos que había que afrontar. Para Australia la idea de qué resulta inaceptable en la guerra puede ser difícil de acordar, pero, en última instancia, supone mayores ventajas para todos, si se consigue sentar criterios sólidos. Para Canadá el hecho de que no todas las municiones en racimo que existan o puedan crearse sean inherentemente indiscriminadas, señala el ca-

---

Responsibility: *All members of the IFRC Delegation participate.*
The input from this meeting forms the basis for the daily (or semi-daily) report to IFRC Geneva.
Responsibility: *The Irish Red Cross, Anne Sofie Lauritzen and Bernt Apeland.*
The end of mission report will focus on the outcome of the conference, as well as provide a synthesis of the daily reports to Geneva, enabling IFRC Geneva to post an article on the web or a press statement. A first draft of the report should be sent immediately after the end of the conference, a final version within a week.
Responsibility: *The Irish Red Cross and Bernt Apeland.*
Media Service at the IFRC Geneva will handle possible inquiries from international media, and involve the Delegation if needed. The Irish Red Cross has a media advisor who has worked for the Society for over eight years. He has been tasked with taking the lead for the Irish Red Cross on all Cluster Munitions related media activity. His name is David Curtain. He will work closely with the Irish RC Communications Officer, Aoife Mac Eoin.
If there any practical questions regarding the meeting on Monday, please contact Noel Wardick at the Irish Red Cross. Mobile Ph: 00-353-87-6909184 Direct Line: 00-353-1-6424623.
The Irish Red Cross is very much looking forward to meeting and working with you all over the coming weeks. A challenging but ultimately an exciting two weeks lie ahead.

15 El Embajador Dáithí O'Ceallaigh, Representante Permanente de Irlanda ante la Oficina de las Naciones Unidas de Ginebra, fue elegido por aclamación Presidente de la Conferencia Diplomática de Dublín, y ejerció su papel a la perfección, siendo reconocida su extraordinaria labor por todas las delegaciones, quizá con la única excepción de la delegación española con la que sostuvo un apretado pulso cuando esta presento a última hora una enmienda al artículo 2 que ponía en peligro el texto de la Presidencia que ya estaba prácticamente consensuado.

mino a seguir en la elaboración de una Convención que no puede cerrar la posibilidad de que los Estados hagan un seguimiento del uso y los resultados del desarrollo de las armas no prohibidas y estudien la procedencia de en su caso enmendar la Convención por una mayoría de dos tercios, así como tener la oportunidad de ajustar futuros avances en las reuniones anuales de Estados parte y en la Conferencia de Examen[16].

Se iba imponiendo poco a poco la certeza de que no era posible ni viable una prohibición sin excepciones. Sin que se abandonaran formalmente las posturas extremas, las reuniones informales trabajaban sobre la base de elaborar un párrafo en el artículo 2, que recogiera excepciones a la prohibición establecida en el artículo 1, basadas en requisitos de fiabilidad, precisión, seguridad, y control. Más tarde se añadieron excepciones basadas en el número y en el peso de las submuniciones.

Las Principales excepciones que se debatían eran las siguientes:

- Excepciones de fiabilidad
  - una tasa específica de fallos (ejemplo 1%)
- Excepciones de seguridad
  - submuniciones dotadas de mecanismos de autodestrucción
  - submuniciones dotadas de mecanismos de autodesactivación
  - submuniciones dotadas de mecanismos de autoneutralización.
- Excepciones de precisión
  - ataque a objetivos puntuales y no de zona
  - Uso de espoletas electrónicas y no mecánicas
  - Uso de espoletas dotadas de sensores selectivos
- Excepciones de número de submuniciones
- Excepciones de peso de cada submunición

Quedaron excepcionadas sin problemas la munición diseñada para emitir bengalas, humo, efectos de pirotecnia o contramedidas de radar ("chaff"); o una munición diseñada exclusivamente con una función de defensa aérea; Esta última precisión suscitó recelo por parte de alguna de las delegaciones, pero tiene su razón de ser en que las puras operaciones militares aéreas no

---

16 Una Conferencia de Enmienda está prevista en el artículo 13 de la Convención.

tienen efectos en tierra, y no deben afectar por tanto a población y bienes civiles[17].

Tampoco entra en la definición una munición o submunición diseñada para producir efectos eléctricos o electrónicos;

IV. LOS EFECTOS A EVITAR SE TRADUCEN EN REQUERIMIENTOS TÉCNICOS Y DE FABRICACIÓN

Enseguida surgieron voces que rechazaban la inclusión de excepciones basadas en la tecnología de fabricación, aunque luego se terminaron imponiendo. Venezuela, Jamaica, Guatemala y Méjico afirmaron compartir la preocupación de que es posible que los avances tecnológicos no resuelvan los problemas humanitarios causados por el uso de municiones en racimo en el terreno. Indonesia afirmó que la definición de munición en racimo debería ser tan amplia como fuera posible, y advirtió de los peligros de confiar en exenciones tecnológicas de las municiones en racimo que todavía no están en funcionamiento y cuyos efectos en el terreno no pueden evaluarse debidamente.

La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja si bien aceptaba que el tratado debería prohibir solo las municiones en racimo imprecisas y poco fiables, y no aquéllas que no son más dañinas que otras municiones usadas lícitamente por los Estados, opinaba que los debates deberían centrarse en el rendimiento y la capacidad de las armas y no en sus características técnicas. Por ejemplo, el lenguaje podría hacer referencia a la “discriminación de objetivos puntuales” como criterio de rendimiento, en lugar de a las espoletas con sensores, que es un medio de lograr lo anterior. En las consultas informales se había adoptado un enfoque basado en los efectos, pero enseguida se tuvo conciencia de que para conseguir una prohibición efectiva, los criterios de inaceptabilidad debían expresarse en términos objetivos y evaluables. La solución fue que, sin dejar de tener presente los efectos

---

17 Véase el Artículo 49.3 del protocolo de 1977 - Definición de ataques y ámbito de aplicación
3. Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Se aplicarán también a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra, pero no afectarán de otro modo a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire.

a evitar, los elementos técnicos propuestos se comparaban, tanto de manera individual como acumulada, con la necesidad de precisión y fiabilidad.

La primera base de debate para los delegados había sido una lista de posibles elementos independientes. Varias delegaciones, siguiendo la estela del CICR, habían propuesto un enfoque acumulativo según el cual podría considerarse que varios elementos combinados podían situar un arma por debajo del umbral establecido en la Declaración de Oslo. En vista de estos debates, el Amigo del Presidente[18] había preparado diversos documentos informales adoptando un enfoque individualizado o acumulativo en relación con los elementos de la definición de municiones en racimo, que luego fue agrupando hasta en ocho combinaciones distintas[19]. Las delegaciones que defendían la

---

18 By the end of the third day, the treaty had been read in its entirety and O'Ceallaigh had appointed Friends of the President to convene informal consultations on issues relating to interoperability (Ambassador Christine Schraner of Switzerland), definitions (Ambassador Don MacKay of New Zealand), stockpiling (Ambassador Steffen Kongstad of Norway), clearance (Lieutenant Colonel Jim Burke of Ireland), victim assistance (Markus Reiterer of Austria), and compliance (Xolisa Mabhongo of South Africa). The Friends of the President started to convene informal discussions to consider text proposals, almost of all of which were open to NGO delegates.

19 Proposal that have been made on cumulative list of criteria. (informal paper):
a) A munition wich:
• Contains less than 10 explosible submunitions, and
• Is designed to detect and engage a point target within a predefined area: and
• Is equiped with a self-destruct mechanism: and
• Is equiped with a self deactivation mechanism
b) A munition wich:
• Is sensor fused: and
• Is equiped with an elecrical-based self-destruct mechanism: and
• Is equiped with an elecrical-based self-neutralisation mechanism
c) A munition wich
• Contains less than 10 explosible submunitions, or
• Is designed to detect and engage targets within a predefined area: and
• Contains explosive submunitions with a failure rate of less than 1%: and
• Is equiped with a self-safe mechanism
d) A munition wich:
• Contains less than 10 explosible submunitions, and
• Is equiped with a self-destruct mechanism: and/or
• Is equiped with a self deactivation mechanism
e) A munition wich:
• Contains less than 10 explosible submunitions, and
• Is equiped with a self-destruct mechanism: or
• Is equiped with an self-neutralisation mechanism: or
• Is equiped with a self deactivation mechanism: or
• Has a failure rate of less than 1%: or
• Is equipped with a guidance system or otherwise effective only within a predefined area

eliminación del artículo 2c, empezaron a especular con la idea, gratificante, de que un enfoque acumulativo podía dejar fuera de la ley a la práctica totalidad de las municiones actualmente fabricadas. Ello fue originando un acercamiento gradual de posturas.

A medida que se discutían cuestiones de tecnología militar, ganaban influencia en las delegaciones los expertos en armamento[20] y las estrategias afloraban sin pudor. Se defendían las tecnologías que permitían la supervivencia de "su munición" y se atacaban las excepciones que le afectaban. La delegación española, maniobraba para defender su munición, manteniendo un duro pulso con la delegación alemana, amagando con la amenaza de alinearse con los que mantenían la postura de rechazar todas las excepciones, sino se aceptaban las suyas y en esa lucha permaneció hasta el último momento, presentando una propuesta de enmienda al artículo 2, por sorpresa, cuando ya el Presidente tenía a punto un borrador de la Convención para someterlo al Plenario. Ello, junto con un fleco todavía no resuelto de la interoperabilidad, le obligó al Presidente a suspender la reunión plenaria y a mantener un periodo de consultas con todas las delegaciones dejando a la española para el final, pasadas las diez y media de la noche, cuando ya se había asegurado un consenso y dejando a España ante la tesitura de formar parte de la mayoría o apartarse del acuerdo.

Los puntos débiles de la munición preconizada por España eran el número de submuniciones y su precisión, principalmente. El hecho de que su vector de lanzamiento fuera un mortero, arma de trayectoria muy curva y expuesta

f) A munition wich:
• Incorporates a failsafe system: or
• Is a direct fire weapon: or
• Incorporates systems designed to deliver effects within a predefined area or on point-targets
g) A munition wich:
• Has a failure rate of less than 1%: and
• Is equiped with a self-destruct mechanism: or
• Is equiped with an self-neutralisation mechanism: or
• Is equiped with a self deactivation mechanism
H) A munition wich:
• Is equipped with a self-safe mechanism, that combined the normal functioning mechanism, garantees yhat the number of remaining dangeous duds that cause inaceptable harmas to non-combatants is in practice equal to zero: and
Is painted an marked in order to distinguish it from the terrain.

[20] Para debatir el polémico asunto de las definiciones el Presidente O'Celaigh, nombró a Don MacKay Amigo y este a su vez encargó al Teniente Coronel irlandés Jim Burke que se responsabilizara de todo el artículo 2 con excepción de la definición de "víctima".

por tanto a la influencia del viento, no facilitaba las cosas. Para la delegación española había dos casos de inaceptabilidad de daños:

(i) que las municiones en racimo detonaran accidentalmente tras su uso militar

(ii) que afectaran indiscriminadamente a áreas y pudieran causar lesiones a la población civil.

Según la opinión de España, la definición propuesta privilegiaba una técnica concreta de lanzamiento en detrimento de otras tecnologías. Como la propuesta final del Amigo del Presidente mantenía el criterio de cantidad de submuniciones (10 submuniciones era el límite), entendía que esta era una cifra arbitraria, lo cual realmente era cierto, ¿porque 10 y no 21 que era el número a conseguir?

Cuando se aceptó la propuesta noruega de introducir el peso de la submunición como uno de los criterios acumulativos, además de su capacidad para batir objetivos puntuales y de estar provista de mecanismos de seguridad frente a los fallos, se era consciente de que se estaba abarcando la inmensa mayoría de las municiones en racimo que tenían impacto humanitario. El Comité Internacional de la Cruz Roja **c**onsideró que el enfoque acumulativo era esencial para abordar el asunto de manera eficaz. Había reflexionado sobre el criterio del peso propuesto por Noruega y estaba en condiciones de apoyar esta propuesta. Esto proporcionaría una salvaguarda adicional que evitaría que los países compensaran por otros medios la limitación numérica. El criterio del peso garantizaría la eficacia futura de la Convención[21].

En la nota explicativa que Noruega difundió, se podían apreciar las ventajas del criterio basado en el peso, que permitiría el uso de submuniciones comprendidas entre 5 y 20 Kilogramos:

- Se eliminaría el 99% de las municiones almacenadas y todas las que se habían usado en conflictos armados.
- Fácil de comprender, fácil de verificar y casi imposible de soslayar.
- Automáticamente reduce el número total de submuniciones que pueden físicamente caber en la munición contenedora, lo que contribuye a reducir también el número de restos explosivos..
- Puede prevenir el riesgo de una futura “miniaturización” de las submuniciones

---

21 Accesible en http://www.clustermunitionsdublin.ie/pdf/CoW11May26pm_spa.pdf.

- Las submuniciones que exceden del límite de los 20 Kilogramos son más fáciles de detectar, menos sensibles para manipular y más fáciles de remover y limpiar[22].

V. PROBLEMAS DE TRADUCCIÓN Y TERMINOLOGÍA

En una Convención plagada de elementos técnicos se hacia necesaria la inclusión de definiciones muy precisas y afloraba la cuestión del idioma. Aunque teóricamente eran tres los idiomas oficiales[23], la realidad era bien distinta, puesto que solo había traducciones simultáneas en las reuniones de la Comisión Plenaria. Cuando había escollos o dificultades que superar y se convocaban reuniones informales presididas por un "Amigo del Presidente", entonces el idioma de trabajo era solo el inglés y lo que se "cocía y guisaba", estaba en manos de quienes se beneficiaban de las ventajas de su lengua materna. Ello era motivo de insatisfacción y protestas por parte de muchos países de habla española, que elevaban sus quejas sobre el particular a la Presidencia, pero sin resultado práctico[24].

En ocasiones, las reuniones informales eran a puerta cerrada y en otras se permitía el acceso, aunque en mi condición de miembro de la IFCR, había que tener en cuenta que la mera presencia de nosotros en alguno de esos grupos informales, podía ser considerada como si la Cruz Roja rompiese su neutralidad. Eso nos condicionaba siempre en nuestras actuaciones y nos obligaba siempre a mantener una exquisita prudencia verbal.

Cuando con retraso disponíamos de los textos oficiales en español, se podía constatar que muchas de las definiciones y términos en inglés tenían una desafortunada traducción. Como botón de muestra podemos comparar uno de los criterios de aceptabilidad:

---

22 Explanatory note to the Norwegian informal proposal based on weigth criterion to art. 2 on definitions, presented 21 May 2008.

23 Artículo 54 del proyecto de Reglamento aprobado en la Conferencia. Accesible en http://www.clustermunitionsdublin.ie/pdf/CCM2Spanish_000.pdf.

24 Véase por ejemplo la declaración de Costa Rica en CCM/50 que no se mostró de acuerdo con la sugerencia del Reino Unido de nombrar un Amigo que llevara a cabo más consultas. "Puesto que no se ofrece servicio de interpretación en las reuniones informales presididas por los Amigos del Presidente, el asunto debería permanecer en la Comisión plenaria". Panamá, Níger, Venezuela, Nigeria, Malta y Nicaragua se mostraron de acuerdo con la declaración de Costa Rica.

(iii) Each explosive submunition is designed to detect and engage a single target object;

(iii) Cada submunición explosiva está diseñada para detectar y atacar un objeto que constituya un blanco único;

Está claro que lo que se pretende es diferenciar entre objetivos zonales y objetivos puntuales. Pero, ¿Qué quiere decir objeto que constituya un blanco único? ¿Qué quiere decir *single target object*? Me temo que no es lo mismo. Se ha abandonado el más fácil camino del Protocolo Adicional I de 1977 que consolida la noción de objetivo militar. Se opta por evitar incluso el término en inglés del artículo 51.5.a) de "*single military objective*", que se traduce correctamente en el texto del Protocolo por "*objetivo militar único*". Traducirlo así, no tendría porque ser problemático, porque lo que se prohíbe en el Protocolo es agrupar a varios objetivos precisos y claramente separados, que estén situados en una ciudad, un pueblo o una aldea, en el que haya una concentración de personas o bienes civiles. Eso no quiere decir que todos los objetivos militares únicos estén prohibidos. Se prohíben los objetivos zonales de efectos indiscriminados "*indiscriminate area effects*". En las municiones en racimo existe un orden de objetivos: un "objetivo puntual" diferenciado sería un carro de combate, el "*objetivo militar único*" sería un batallón de carros, compuesto por una cincuentena de carros. Lo que sería objetivo legítimo para la munición en racimo, sería objetivo prohibido para las submuniciones que la componen. Lo que se trata, es que cada submunición sea capaz de detectar y engancharse a uno de los carros, dirigirse selectiva y exclusivamente a uno de esos "*single target object*" y atacarlo. El texto aprobado en la Convención tiene la pega de que parece sacado de un folleto de propaganda de la tecnología que se ha impuesto. Nos queda la satisfacción de que solo queda exenta un 3% de munición en racimo con esas alegadas características. No convence, sin embargo, que en la prueba de esa munición en el campo de batalla, cada una de las submuniciones se enganche realmente a un objetivo puntual. ¿Que sucedería cuando el numero de submuniciones sea mayor que el de objetivos, lo cual es muy probable? ¿Y que pasa si el adversario usa contramedidas y "desvía" las submuniciones? ¿Y en el caso de condiciones climatológicas adversas con vientos racheados de gran intensidad? Me parece que se ha dedicado mucha atención a "prospectos publicitarios" basados en pretendidas tecnologías, en detrimento de los intereses humanitarios que les servían de estandarte. El triunfo ha sido humanitario sin paliativos, lo que no quita que muchos se hayan visto descubiertos en su "estrategia marketing" y que haya que permanecer en guardia con la munición exenta.

La propia definición de munición en racimo dejaba fuera un tipo de munición que tenía los mismos efectos: las *"bombetas explosivas"* que están diseñadas para ser dispersadas o liberadas desde dispositivos emisores fijados a aeronaves. Hubo que introducir un apartado 2 en el artículo 1 que aplicara "mutatis mutandi" la prohibición a estas armas y que se definieran los términos de bombeta explosiva, *dispositivo emisor* y *bombeta sin estallar*. A sensu contrario expresamente se establece en el apartado 3 que la Convención no se aplica a las minas.

Otros de los elementos técnicos que concurrían en las municiones exentas se referían a la necesidad de estar dotadas de *dispositivos de autodestrucción, autoneutralización y autodesactivación*[25]. Por *"mecanismo de autodestrucción"* se entiende un mecanismo de funcionamiento automático incorporado que es adicional al mecanismo iniciador primario de la munición y que asegura la destrucción de la munición en la que está incorporado, en caso de que falle la explosión prevista. Entre autoneutralización y auto desactivación había dudas en cuanto a su definición. La autoneutralización se conseguía, según los expertos convocados en Montreux, del 18 al 20 de abril de 2007, agotando la fuente de alimentación de la espoleta, mientras que la desactivación implicaba la separación de una parte del tren de explosión que irreversiblemente desarmaba la munición. Finalmente se desechó el término autoneutralización. Quedando únicamente el de *"autodesactivación"* que hace inactiva, de

---

[25] En la reunión de expertos en Montreux mantenida del 18 al 20 de abril de 2007 se habían apuntado las siguientes definiciones:

Self-Destruct

For example, the Israeli M85 bomblet incorporates a well-designed SD system, which results in a significantly lower failure rate than similar non-SD types. However, Lebanon demonstrated that the failure rate is still unacceptably high, and that it is substantially higher than was achieved during testing. Pyrotechnics (often used in SD delays) apparently require great care in design, manufacture and storage to achieve high reliability.

Self-neutralisation

SN in electronic fuzes can be achieved by the isolation of the power source. `Reserve batteries', in which the cell is activated only when the weapon is deployed, can achieve this by discharging fully after a short period. However, the unknown status of an unexploded munition means that disposal teams must treat it as live, and it may still be hazardous to the local population under some circumstances, since the complete explosive train is still present.

Self de-activation

SDA entails the removal of part of the explosive train to irreversibly disarm the munition. A new US design apparently achieves this by destroying the primary explosive - the most sensitive and dangerous component. However, it was pointed out that under some circumstances, such as where unexploded munitions are salvaged for scrap and explosive, SDA was still an unsatisfactory solution.

manera automática, una munición por medio del agotamiento irreversible de un componente, como, por ejemplo, una batería, que es esencial para el funcionamiento de la munición.

La referencia en el texto de la Convención a mecanismos de autodestrucción y dispositivos de desactivación electrónicos se consideró por algunos países demasiado selectiva al individualizar "electrónicos". Las municiones podrían fallar, alegaron, a pesar de estos criterios y su fiabilidad general y riesgo de causar daños inaceptables debería tenerse en cuenta.

Otros términos definidos en Montreux, no fueron objeto de definición en la Convención. Nos referimos a los siguientes: *Elementos electrónicos versus mecánicos*. Las espoletas mecánicas incorporan un número de componentes que generalmente producen una secuencia de eventos en los que el fallo se puede producir en cualquier fase. Solo un pequeño porcentaje de componentes y de conjuntos puede ser inspeccionado y testado y muchos son vulnerables a los efectos del tiempo que afecta no solo a los componentes mecánicos (muelles, cubiertas, pernos, etc.), sino también a los compuestos explosivos y pirotécnicos, adhesivos y lubricantes. En contraste cada circuito electrónico puede ser comprobado individualmente y una vez ensamblados ocasionan menores probabilidades de fallo. *Redundancia*. La duplicación de componentes para mejorar la fiabilidad del sistema no prosperó como criterio a imponer. *Testing*. Las pruebas de control de calidad, se entendió que era un problema de regulación industrial. *"Non-hazardous duds"*. Los fallos no peligrosos no encontraron acomodo en la Convención porque se puso en duda el acierto del término. Debido a una serie de circunstancias un fallo en principio no peligroso puede llegar a serlo como en el caso de la curiosidad infantil, la excavación o el transporte.

VI. LA AUSENCIA DE PERIODOS DE TRANSICIÓN EN LA CONVENCIÓN

Otro de los logros de la convención fue evitar los periodos de transición. El principio de prohibición de daños inaceptables tiene otras vertientes distintas al establecimiento de criterios de inaceptabilidad. También pueden causarse daños inaceptables, si se produce una situación de prorroga de la falta de vigencia efectiva de la Convención como consecuencia de la existencia de periodos de transición. En este punto también hubo una polarización en las posturas de las delegaciones. Algunos Estados, en particular, Egipto, Finlandia,

Alemania, Japón y el Reino Unido intentaron sin éxito que hubiera un plazo de tiempo durante el cual los Estados pudieran continuar usando las municiones en racimo que habían acordado prohibir hasta que las reemplazaran por otros sistemas de armas alternativos o pudieran eliminarse progresivamente sin dejar de usarse. Suecia consideraba que la introducción de un período de transición reforzaría el efecto de la Convención en la práctica al conseguir que se adhieran a ella más Estados Lo cierto es que ni el *Tratado de prohibición de minas* ni la C*onvención sobre armas químicas* contenían períodos de transición de este tipo y que un período de transición crearía dos niveles de Estados parte, los comprometidos a aceptar el tratado de manera inmediata y los que hicieran uso del período de transición.

Los intentos por introducir periodos de transición se centraron en dos posibles vías. La primera en el tiempo consistía en la inclusión de un artículo nuevo cuya propuesta había realizado Suiza[26]. Ante el rechazo frontal de la mayoría de los Estados[27], se intentó una modificación del artículo 18 que versa sobre la aplicación provisional de la Convención y que dice que Cualquier

---

[26] Propuesta de introducción de texto adicional de Suiza sobre la introducción de un Nuevo artículo
Período de transición
(a) En el momento de dar su notificación de consentimiento a quedar vinculada por el presente tratado, una Alta Parte Contratante podrá optar por un período de transición que lo excederá los [X] años para reemplazar progresivamente las municiones descritas en el Artículo 2 de este tratado pero que estén equipadas con un sistema de autodestrucción, autoneutralización o autodesactivación por otro tipo de arma/munición que esté en conformidad con este tratado y con los principios del Derecho Humanitario Internacional.
(b) No se permitirán períodos de transición para las municiones descritas en el Artículo 2 de este tratado que no estén equipadas con un sistema de autodestrucción, autoneutralización o autodesactivación.
(c) Durante este período de transición, la Alta Parte Contratante no transferirá bajo ninguna circunstancia a nadie, directa o indirectamente, las municiones prohibidas mencionadas en el párrafo (a).
(d) Durante este período de transición, la Alta Parte Contratante tendrá permitido emplear las municiones prohibidas mencionadas en el párrafo (a) con fines de formación, como último recurso o en defensa propia si dichas municiones no hubieran sido reemplazadas todavía y de conformidad con los principios del Derecho Humanitario Internacional.
Nota: Podría añadirse una nueva disposición que prohibiera el uso de las municiones mencionadas en el párrafo (a) contra objetivos militares ubicados en o en la proximidad de áreas pobladas. A este respecto podría servir de inspiración el Protocolo III de la Convención sobre armas convencionales (CCW, por sus siglas en inglés) sobre el uso de armas incendiarias.
CCM50. Accesible en http://www.clustermunitionsdublin.ie/pdf/CCM50_spa_002.pdf.

[27] El GRULAC y el Grupo de África, además de otros países que suman mas del 80% estaban decididamente en contra de que se introduzcan periodos de transición.

Estado podrá, en el momento de ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la presente Convención, declarar que aplicará provisionalmente el Artículo 1 de la misma mientras esté pendiente su entrada en vigor para tal Estado. Finalmente tampoco prosperó esa iniciativa.

Nuestra posición inicial en la Cruz Roja Española que transmitimos a la Federación (IFCR), coincidía con la opinión del CICR contraria a que se establecieran periodos de transición, toda vez que sería un contrasentido conciliar los propósitos de los Estados participantes de poner fin definitivamente al sufrimiento y las muertes causadas por las municiones en racimo, con el establecimiento de moratorias o periodos de transición. Sobre todo el CICR se mostraba preocupado con el hecho de que los periodos de transición permitieran la transferencia y que las municiones en racimo pudieran ser objeto de tráfico en lugar de ser destruidas.

VII. LA INTEROPERABILIDAD COMO DAÑO INACEPTABLE

En lo tocante a la interoperabilidad, que abordaba la relación entre las Partes de la Convención y quienes no sean parte de la misma, se convirtió en uno de los escollos más difíciles de lidiar, porque tanto unos como otros lo consideraban uno de los puntos más sensibles, susceptibles de hacer fracasar la Conferencia, un 'treaty-breaking' en el argot anglosajón. La interoperabilidad no aparecía en el borrador inicial que iba a ser objeto de debate[28], si bien se contenía en el paquete de "otras propuestas", de rango menor de acuerdo con las reglas de procedimiento. Todos los países pertenecientes a la OTAN actuaban como bloque en las discusiones, lo que constituyó una excepción, porque en el resto del articulado defendieron sus respectivas posturas y alguno de ellos su industria nacional como ya he indicado. Debe puntualizarse que los Estados que se oponían al Proceso de Oslo se mostraban activos en la presión a sus aliados. Era generalmente conocido que EEUU les exponía su preocupación sobre las consecuencias negativas de la Convención y los efec-

---

28 Australia, Canada, Finland, France, Germany, Japan and the UK, in particular, pushed very hard for their own proposals to be taken up into the draft Convention text. This was something the Chair of the Conference, Ambassador Don MacKay of New Zealand, firmly resisted: textual negotiation was for Dublin, he said. The CMC, meanwhile, made "no changes to the text" its core lobbying message for the Wellington Conference. Disarmament Diplomacy Issue No. 88, Summer 2008.

tos potenciales de la "criminalización de la interoperabilidad" en las operaciones conjunto-combinadas de la Alianza. Venía a decir Estados Unidos, que el lenguaje prohibitivo era similar a la Convención de Ottawa y que podrían reproducirse los problemas derivados de la imposibilidad de encontrar una política común, ya que cada Estado tenía diferentes definiciones de asistencia, transferencia, y jurisdicción o control sobre las minas almacenadas en su territorio. De igual modo, Estados que tenían el mismo tipo de mina antivehículo dotada con mecanismos antimanipulación, la definían de distinto modo según los términos de la Convención. La complicada red de acuerdos ad hoc reduce la eficacia de la OTAN y solo es tolerable porque los aliados ya no consideran a las minas antipersonal básicas para sus capacidades para cumplir sus misiones de seguridad y defensa. En el caso de las municiones en racimo, ese sistema sería inviable y crearía barreras insalvables en materia de cooperación y obstaculizaría las actividades militares combinada. A finales de abril, poco menos de un mes antes de la Conferencia, Richard Kidd, oficial del Departamento de Estado, advertía públicamente que la "cooperación con la OTAN está en el punto de mira "crosshairs" del Tratado de Oslo" y en un último intento por desacreditar el proceso, se quejaba del papel en las negociaciones de las ONG, que continuamente influían en las delegaciones de los Estados, tanto en los plenarios como en los pasillos, utilizando, decía, fondos de un Estado (presumiblemente Noruega) para atacar las posturas de otros Estados participantes. ¿Esa es la clase de sistema internacional en la que cualquier administración desea trabajar? se preguntaba. Realmente, a pesar de todos los intentos por obstaculizar el proceso, fue decisivo en el éxito de las negociaciones el peso de la sociedad civil, representada por las ONG y otras instituciones relevantes, y por la opinión pública.

Por su parte, otro portavoz estadounidense, Stephen Mull, dos días después de comenzar la Conferencia, mantenía una reunión informal con periodistas en la que avisaba de los peligros de la interoperabilidad: "por ejemplo si la Convención se aprueba en su actual texto, cualquier buque de guerra de EEUU no podría técnicamente formar parte de una operación de mantenimiento de la paz, ni de proporcionar socorro en desastres, o ayuda humanitaria como lo estamos haciendo con las secuelas del terremoto de China, y del tifón de Burma, por no mencionar lo que hicimos en el Sudeste Asiático como consecuencia del tsunami en diciembre de 2004. Y la razón es porque la mayor parte de nuestras unidades militares cuentan en su arsenal con esa clase de municiones. Así, cualquier país que firmara la Convención tal como ahora está y la ratificara, podría de un plumazo hacer imposible, tanto para los Es-

tados Unidos como para sus aliados que confían en ese tipo de municiones, el participar en las citadas operaciones humanitarias"[29].

Era evidente que con esos antecedentes los Estados de la Alianza que deseaban firmar la Convención tenían la lección bien aprendida. El artículo 1, efectivamente. en un lenguaje muy similar al de Ottawa, establece las obligaciones de los Estados Parte para no emplear, desarrollar, producir, adquirir, almacenar, conservar o transferir municiones en racimo, ni ayudar, alentar o inducir a nadie a participar en una actividad prohibida a un Estado Parte[30]. La interoperabilidad se intentó ponerla en este artículo, pero prevalecieron las tesis contrarias fundadas en que tal inclusión constituiría una verdadera enmienda a la prohibición y así se redactó un artículo independiente, el artículo 21, que se hizo figurar por cosmética, para hacerlo mas "pasable" en la parte final del texto[31]. Una de las mayores preocupaciones de los "like-minded" era salvaguardar a su personal militar de los riesgos de una imputación penal, como consecuencia de su participación en operaciones OTAN combinadas. La otra dificultad venía de las bases que Estados Unidos tiene en el extranjero, en las que presumiblemente tenía munición en racimo almacenada. El Reino Unido propuso una provisión estipulando que un Estado Parte podría acoger a un Estado no parte que se empeñara en actividades prohibidas por la Convención. Esa formulación aunque fue incluida en la propuesta del Amigo del Presidente a la Comisión Plenaria, encontró una fuerte oposición por parte de un gran grupo de Estados que entendían que el término acogida "hosting", era equivalente a una cláusula de escape. Así las cosas, el martes de la segunda semana, 27 de mayo, casi todo el texto del borrador final de la Convención había tomado forma con excepción de la interoperabilidad, y del envite final de España sobre las excepciones del Artículo 2. El Presidente decidió abandonar el sistema de reuniones lideradas por Amigos y tomar sobre si mismo la responsabilidad de llegar a un resultado de consenso y anunció que emplearía

---

29 Acting Assistant Secretary for Political-Military Affairs at the US State Department. Disarmament Diplomacy Issue No. 88, Summer 2008.

30 El ámbito de aplicación del tratado se define en términos de "nunca y bajo ninguna circunstancia", lo que significa que no requiere una calificación jurídica sobre el nivel de la violencia armada. De esta manera, la disposición es bastante similar a aquellas contenidas al respecto en la Convención de Armas Biológicas, la Convención de Armas Químicas y el Tratado de Prohibición de Minas Antipersonal.

31 El Presidente explicó que el asunto de la interoperabilidad y las relaciones con Estados no parte se había considerado inicialmente en el Artículo 1. No obstante, la Embajadora Schraner (actuando como Amiga del Presidente en la realización de debates informales sobre este asunto) había concluido el viernes anterior que existía acuerdo general entre los Estados respecto a que la interoperabilidad debería abordarse en un nuevo artículo en lugar de mediante una enmienda al Artículo 1.

las siguientes 24 horas en consultas bilaterales. Pronto intuyó que se podía llegar a una Convención con o sin el Reino Unido y con o sin España, pero con la diferencia de ser crucial la decisión del Reino Unido para el resto de delegaciones que tenían similares problemas con sus bases y sus compromisos con la Alianza.

En el atardecer del martes, cuando la situación estaba al límite de ruptura o consenso, con los temas de interoperabilidad y definiciones sin resolver, saltó una noticia en Internet que sería confirmada al día siguiente. El Primer Ministro británico Brown anunciaba la eliminación de todo el arsenal de municiones en racimo del Reino Unido, "en orden a asegurar una Convención tan fuerte como sea posible he dado instrucciones para apoyar una prohibición total de las municiones en racimo, incluidas las que actualmente están en servicio en el Reino Unido"[32]. Esa noticia fue el catalizador que hizo cristalizar la Convención. Todos los problemas se fueron desbloqueando. Esa misma noche la formulación del Presidente del párrafo tercero del artículo 21 que echaba por tierra la referencia a la acogida "hosting", fue aceptada por el Reino Unido.

A mi juicio este artículo desequilibra gravemente el sistema de prohibiciones y abre una puerta demasiado generosa a futuras participaciones y cooperaciones prohibidas por el Tratado. La interoperabilidad puede producir los daños inaceptables que como principio se trataba de prohibir. Aunque se da cuidadosamente una de cal y otra de arena y los estados parte deben "alentar" a sus aliados a tomar parte en el tratado y "desalentar el uso de municiones en racimo" lo cierto es que encuentro a faltar la precisión de que la cooperación y la participación no fueran en ningún caso activas[33].

---

32 "UK ready to scrap killer cluster bombs". The Guardian, 28 May 2008, www.guardian.co.uk/uk/2008/may/28/military.defence.

33 El Artículo 21 dice así: *Relaciones con Estados no Parte de la presente Convención*
1. Cada Estado Parte alentará a los Estados no Parte a ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la presente Convención, con el objetivo de lograr la vinculación de todos los Estados a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte notificará a los gobiernos de los Estados no Parte de la presente Convención, a los que se hace referencia en el apartado 3 de este Artículo, de sus obligaciones conforme a la presente Convención, promoverá las normas que ésta establece y hará todos los esfuerzos posibles por desalentar a los Estados no Parte de la presente Convención de utilizar municiones en racimo.
3. Sin detrimento de lo previsto en el Artículo 1 de la presente Convención y de conformidad con el Derecho Internacional, los Estados Parte, su personal militar o sus nacionales podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con Estados no Parte de la presente Convención que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado Parte.

Sobre todo, la redacción del párrafo tercero del artículo 21 es muy desafortunada. Dice así: "Sin detrimento de lo previsto en el Artículo 1 de la presente Convención y de conformidad con el Derecho Internacional, los Estados Parte, su personal militar o sus nacionales podrán cooperar militarmente y participar en operaciones con Estados no Parte de la presente Convención que pudieran desarrollar actividades que estén prohibidas a un Estado Parte". La frase "sin detrimento de lo previsto en el artículo 1" y el resto del párrafo se dan de patadas. Ya me dirán ustedes como se puede cumplir por un lado la regla prohibitiva y `por otro "cooperar y participar" en el desarrollo de actividades prohibidas. Da la impresión que Un Estado Parte es obligado por la Convención solamente si actúa solo y tiene en cambio patente de corso en caso de combatir junto a sus aliados no parte.

En cuanto a la experiencia acumulada en lo tocante al manejo de la interoperabilidad en el Tratado de Ottawa, la opinión que expuse en mi delegación (IFRC) era que si se aceptaba la interoperabilidad, para garantizar una interpretación uniforme, sería conveniente aprovechar la experiencia de la Convención de Ottawa sobre el problema de las operaciones conjuntas o combinadas, y no caer en la falta de una política común como la que se originó.

No obstante la tesis catastrofista de Estados Unidos, las lecciones aprendidas en la pasada década en ese sentido han demostrado que esta clase de situación puede ser gestionada sin que se produzcan fracturas en el seno de las alianzas militares. Ha sido general, aunque no plasmado formalmente, el entendimiento de que los Estados Partes en la Convención de Ottawa no pueden participar en el planeamiento del uso de la mina antipersonal, en reglas de enfrentamiento que permitan su uso, aceptar órdenes en tal sentido, requerir a otros a que la usen, obtener ventaja militar del uso que hagan otros, así como entrenar, proporcionar seguridad, almacenamiento o transporte. Es de esperar que prevalezca el buen sentido en la implementación de la Convención y haya un acercamiento de posturas entre los Estados Parte y no parte de la Alianza. EEUU ha demostrado no ser inmune a las tesis defendidas por sus aliados. Es un dato positivo a este respecto la declaración pública de Estados Unidos de no usar municiones en racimo en Afganistán.

---

4. Nada de lo dispuesto en el apartado 3 de este Artículo autorizará a un Estado Parte a:
(a) Desarrollar, producir o adquirir de un modo u otro, municiones en racimo;
(b) Almacenar él mismo o transferir municiones en racimo;
(c) Utilizar él mismo municiones en racimo; o
(d) Solicitar expresamente el uso de municiones en racimo en casos en los que la elección de las municiones utilizadas se encuentre bajo su control exclusivo.

VIII. CONCLUSIONES

El estallido de entusiasmo se provocó, cuando el embajador irlandés Dáithí O'Ceallaigh, Presidente de la Conferencia logró, con su exquisito buen hacer, encontrar un texto de consenso que se adoptaba finalmente el 30 de mayo de 2008, a pesar de los pronósticos generalizados que preveían un fracaso seguro. Fue un texto que no satisfacía la totalidad de los objetivos buscados por los que defendían posturas extremas, pero que, considerado como paquete, las distintas delegaciones en sus intervenciones en plenario lo consideraban aceptable[34]. Por su parte el CICR se congratuló del acuerdo sobre "un tratado histórico" que constituye "un gran avance en la protección de las personas civiles"[35]. Peter Herby, jefe de la Unidad de Armas del CICR, en la ceremonia de clausura de la Conferencia de Dublín hizo una importante declaración cuyo primer párrafo resume perfectamente el sentimiento de euforia que embargaba a los que defendíamos la prohibición de estas armas. "Cuando comenzó la conferencia, el presidente del CICR, Jakob Kellenberger, nos instó a todos a responder al desafío de decidir si, en 2008, las necesidades de la guerra primarán sobre los requisitos de humanidad. Y ustedes se han inclinado, sin dudarlo, en favor de la humanidad. Han confirmado que las municiones de racimo, que han causado tantas pérdidas en las décadas pasadas, no sólo son moralmente repudiables, sino que ahora también son ilícitas conforme al derecho internacional humanitario".

Hay muchos elementos de reflexión en el texto del Tratado que fue formalmente firmado en Oslo el 3 de diciembre de 2008, cumpliendo así el compromiso contraído en febrero de 2007 en la misma ciudad. En primer lugar, es una muestra de la vigencia del DIH que en tiempos de turbulencia es capaz de sacar adelante una norma humanitaria firmada por cerca de 100 países, entre ellos 18 de los 26 Estados de la OTAN. En segundo lugar, la Convención de Oslo, a diferencia de la Convención de Ottawa, que parte de la existencia

---

34 Reproduzco aquí la declaración de mi delegación del IFCR: "The Head of the Federation Delegation, John Roycroft, said that everybody participating at the conference could feel proud that they have made a real, tangible improvement to the quality of life for millions of people throughout the world and the Treaty will be a milestone in the strengthening of international humanitarian law.
"I also believe that the historic occasion allowed all of us in the Red Cross movement to clearly demonstrate our ability to work together to bring about real change. All of us worked hard and we also had the opportunity to enjoy some very pleasant social occasions over the duration of the conference. We leave Croke Park with an historic convention and great sense of camaraderie that will remain with us for many years, "he said".

35 El documento esta accesible en http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/cluster-munitions-news-290508.

de miles y miles de víctimas, es un tratado de carácter preventivo, puesto que puede evitar grandes sufrimientos humanos si se logra que cientos de miles de submuniciones no se utilicen y se destruyan. En tercer lugar, aunque Estados de la importancia de Estados Unidos, Rusia, China, Israel, India y Pakistán no han suscrito el acuerdo, el hecho de su aceptación tan generalizada hace muy probable que esta norma tenga un efecto en la práctica de todos los Estados, incluso en los que no están dispuestos a adherirse formalmente al Convenio.

Los tres "hot spot" de la Convención que la hicieron peligrar y temer por su resultado fueron los tres elementos que configuran el, para mi, emergente "principio de prohibición de daños inaceptables": Las excepciones a la definición de municiones en racimo, los periodos de transición y la interoperabilidad. Esos criterios de inaceptabilidad de daños permitirán a los Estados un discernimiento eficaz entre las armas prohibidas y las permitidas. En la formulación de ese principio se ha centrado este trabajo que modestamente pretende contribuir a consolidar en el Derecho Internacional Humanitario la tendencia a establecer cauces de unión en la diversidad con el Derecho del Desarme que promueva en el futuro la universalidad de las normas humanitarias en materia de armamentos.

Permitirme expresar mi sentimiento, puesto en Gonzalo, de que el Derecho Internacional Humanitario es un derecho vivo, en constante evolución y bendecido por Dios, que nos pone en el corazón, tanto a creyentes como a no creyentes, el ánimo para seguir trabajando por la paz, la dignidad y la verdadera libertad del hombre.

El oficial de inteligencia, la información y el derecho humanitario

Javier Guisández Gómez
Coronel de Aviación

I. INTRODUCCIÓN

La pugna mantenida a lo largo de la historia entre quienes pretenden conocer y saber lo que otros ocultan, ni se toma descanso cuando cambian las circunstancias, ni parece que en un futuro próximo o medio vayan a modificar la tendencia.

Si la información es la base de la decisión, si es poder y si en el momento actual las técnicas sobre el proceso de la decisión en situación de incertidumbre se custodian y cotizan al máximo nivel, es porque la asunción del valor de una información oportuna, continua, actualizada y discreta es incuestionable.

Todos estos axiomas que sin duda son asumibles en aquellos campos en los que existe cualquier tipo de enfrentamiento, como en el campo de la política entre líderes y bases; en el campo del crimen entre la ley y el delincuente; en el campo del diseño industrial entre científicos y empresarios; en el campo del comercio entre logistas y competidores, etc.; en el caso de la seguridad

---

[1] Los campos conjuntos tienen su especial proyección en las reuniones que mantiene periódicamente el Comandante con representantes de todas las Secciones de su Estado Mayor.

y defensa, debido a la trascendencia que pueden tener tanto las comisiones como las omisiones, cobra su máximo rango de importancia, aceptación y consideración.

La primera referencia disponible en la que se reconoce a la información como herramienta vital del Estado, tanto en el campo bélico como en el diplomático, la presenta el estratega chino Sun Tzu[2] en su tratado *El arte de la Guerra* (500 a C), en el que ya hablaba del trabajo de los agentes dobles, de la responsabilidad de los espías, de la perversión de los desertores, de la complejidad de la organización de los servicios de Información, etc.

A pesar de la importancia indiscutible de la Información, tan pronto aparece por primera vez la aceptación de que el uso de la fuerza y de los medios de aplicación de la misma no son ilimitados por parte de los Estados, se hace una interpolación generalizada de la agresión a todas las actividades hostiles, entre las que sin duda se encuentra las acciones relacionadas con el ciclo de la Información.

El razonamiento aplicado era muy simple, si se querían regular los medios, la intensidad, los objetivos, los resultados, etc., nada ni nadie debería encontrarse fuera de la norma, ni gozar de privilegios extra regulados.

En cualquier caso, toda actividad realizada durante un conflicto armado está personalizada en la persona que ejecuta las acciones directamente, en quien las ordena, en quien, gracias a la tecnología, las *dirige* a distancia, o en todos ellos simultáneamente. Con respecto al tema que nos ocupa, la captación de datos sobre el enemigo o su entorno, no sólo es una acción hostil, sino que puede llegar a ser ilegal, y en consecuencia juzgada y tratada como tal.

A lo largo de estas consideraciones, se intentará analizar la cobertura que el Derecho proporciona a tres elementos significativos relacionados íntimamente con la captación de datos y con explotación de los mismos en las operaciones. Estos elementos, con independencia de su denominación, según el país del que se trate, no son otros sino el *agente de información, el espía, y el oficial de inteligencia*.

A pesar de que nos hemos permitido determinar unas denominaciones concretas, es conveniente, desde ahora, recordar tal vez una obviedad, pero

---

2 Existe una biografía escrita en el Siglo II por el historiador Sima Quian, en el que se califica a Sun Tzu como un experto en Estrategia y Táctica Militar. Otros tratadistas consideran al chino como un precursor de la Realpolitk; es decir, defender una política exterior basada más en aspectos prácticos que en consideraciones teóricas o éticas.

tan sólo el nombre de *espía*[3] está contemplado en los acuerdos internacionales, ya que las otras dos categorías reciben, según los países, diferentes denominaciones, aunque sin duda corresponden a los cometidos y circunstancias que aquí mencionamos.

En cualquier caso es importante resaltar que debido al hecho de que los nombres y designaciones ni son definitorias ni vinculantes, habrá que analizar los comportamientos, principalmente en lo que se refieren a los tres elementos mencionados, y la mejor manera para ello es interrogarnos sobre los siguientes aspectos: ¿qué función desarrollan?, ¿bajo qué condiciones se desenvuelven?, ¿cómo realizan su trabajo? y ¿en qué área llevan a cabo su cometido?

II. LOS CONFLICTOS ACTUALES Y EL HUMINT

La complejidad de las relaciones internacionales no es óbice para que la respuesta de un matemático al que se le requiriera que enumerara las tres coordenadas que definen al mundo actual le impidiera concretarlas en las siguientes:

- La *comunicación*, porque los avances tecnológicos ha abaratado hoy en día los costes de la información de tal manera, que es mucho más fácil saber que tener.
- La *globalización,* porque la integración del mundo ha llegado a unos niveles tales que ya no cabe la posibilidad de sustraerse a un acontecimiento, por alejado que se encuentre, con el argumento de que la distancia amortiguará los efectos negativos
- Las *alianzas*, porque debido a parámetros tales como la lejanía, la intensidad y la variedad de los riesgos impedirían a un Estado, por fuerte que fuera, enfrentarse por sí sólo a todos ellos.

Pues bien, en un mundo altamente tecnificado, cuando parece que existe una máquina capaz de resolver cada uno de los enigmas y problemas a los que

---

[3] La verdad es que aunque las calificaciones de espía y espionaje, no sólo son contempladas en el Derecho Internacional, sino también en los Ordenamientos Jurídicos Internos, en la práctica, ningún país reconocen dichas terminologías para que sean aplicadas ni a sus servicios ni a los funcionarios propios que forman parte de ellos.

la humanidad se enfrenta, el HUMINT[4], es decir, la Inteligencia conseguida por medios humanos, sigue siendo no sólo necesaria, ante el proceso de la toma de decisiones, sino que en la actualidad y como consecuencia de las repercusiones que la opinión publicada tiene en el tratamiento de los hechos, el HUMINT se ha hecho de todo punto imprescindible.

Ante este escenario tan complejo, no es extraño que algunas Fuerzas Armadas, de países desarrollados o en desarrollo, hayan querido instruir a sus Oficiales de Inteligencia y Contrainteligencia, en algo tan válido, actual y trascendente, como el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

El DIH, elaborado y aceptado por la Comunidad Internacional, no pretende nada utópico, como podría ser el anhelo de humanizar la guerra; la guerra, como fenómeno real e indeseable, es imposible humanizar, no así, la conducta de los hombres que participan en ella, y más concretamente la del Comandante (CTE), de cuya decisión va a depender, la mayor parte de las veces, el que las acciones ejecutadas se ajusten o no a esta normativa, que lo único que busca es compatibilizar la victoria con la aceptación de que todo daño innecesario, no sólo no colabora en la consecución de la misión, sino que implicará un gasto de armamento y de tiempo, y un riesgo para las Fuerzas Propias evitable, inaceptable y de todo punto indeseable.

En otras palabras entendemos que si el CTE y su Estado Mayor (EM) tienen en cuenta el DIH, como una herramienta más, durante el planeamiento y la ejecución de las operaciones, éstas no sólo tienen mayores posibilidades de éxito, sino que además serán legales y legítimas, lo que hoy en día podría tener tanta o mayor importancia que el mencionado éxito, pues estamos viviendo una época en la que las acciones militares son televisadas en *tiempo real*, por lo que no se puede prescindir bajo ningún concepto de la impresión que puedan causar en la opinión pública, ya que, si importante son los resultados obtenidos, no lo son menos la percepción de las personas que los tienen que juzgar.

---

4 Además de la Inteligencia Humana (HUMINT), se encuentra otras Inteligencias, como la de Señales (SIGINT), la Electrónica (ELINT), la de Comunicaciones COMINT, la de Señales de instrumentos exterior (FISINT), la de Telemetría (TELINT), de medidas y firmas (parámetros y características) MASINT, de Rádar (RADINT), etc.

III. LOS ELEMENTOS EN LA SELECCIÓN DE OBJETIVOS, EL OFICIAL DE INTELIGENCIA Y EL DIH

De nuevo otra terna indivisible, por doctrina, por normativa y por eficacia, la participación del Oficial de Inteligencia[5] (OI) en el Proceso de la Decisión del CTE tiene que ser prudente, discreta y continua, y se concreta, entre otras funciones, en la de proporcionar a su CTE toda la información necesaria para conseguir la *destrucción, neutralización, ocupación* o *captura* de aquellos elementos del enemigo que cumplan los requisitos exigidos para alcanzar la condición de *objetivo militar*.

Podemos aprovechar este momento para recordar algo obvio, pero que no por ser aceptado y respetado por todos resulta inútil. Nos referimos a la denominación de *objetivo militar*; en realidad con esta terminología estamos utilizando una redundancia, puesto que todo *objetivo* alcanza esta denominación precisamente porque es capaz de producir una ventaja militar, y todo lo que tenga naturaleza *militar* es potencialmente un objetivo.

De igual forma que hemos razonado de manera directa, *a contrario sensu* concluiríamos, que cualquier elemento o acción que no proporcione una ventaja militar no es un objetivo, y que la palabra civil nunca puede ser identificada, ni unida con la palabra objetivo.

Llegado a este punto, conviene que hagamos una breve consideración que por su excepcionalidad y relevancia es necesario comentar; nos referimos al punto 2 del artículo 52 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que define el objetivo militar, dentro de lo que se denomina *Protección general de los bienes de carácter civil.*

A pesar de que el artículo[6] 102 del mismo Protocolo habla que todas las copias son igualmente auténticas, el caso es que por razones estrictamente administrativas, la redacción del artículo 52 en la versión española incluye la conjunción disyuntiva *o,* donde el resto de las traducciones tiene a la conjunción copulativa *y.* Este pequeño error tiene unas consecuencias tan esencia-

---

[5] En algunos círculos se ha comparado el trabajo del Oficial de Inteligencia como lo más parecido al que desarrolla un anestesista durante una intervención quirúrgica, pues es la persona que mejor conoce al paciente (enemigo) y en algunos aspectos es el único que tiene información sobre las previsibles reacciones ante situaciones concretas.

[6] *El original del presente Protocolo, cuyos textos árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del depositario, el cual enviará copias certificadas conformes a todas las Partes en los Convenios. (art. 102 Textos auténticos).*

les, que a pesar de las insistencias del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y del resto de los Estados-Parte en el Protocolo Adicional I para que los países hispanos acepten la otra versión común al resto de idiomas, éstos no han accedido a modificar lo que para ellos supone una ventaja relativa por la redacción hispana del artículo 52.

Aunque más adelante lo podremos analizar con mayor detalle, apuntamos desde ahora que de una primera lectura del famoso *error administrativo* se deduce que para cualquier Estado-Parte, distinto de un país *hispano*, un objetivo es algo que beneficia al enemigo en su esfuerzo de guerra ***y* que al mismo tiempo** les proporciona una ventaja militar. Por el contrario, para los países hispanos, Estado-Parte del Protocolo Adicional I, un objetivo es algo que beneficia al enemigo en su esfuerzo de guerra *o* que proporciona al que lo ataca una ventaja militar, en el caso de que lo destruya, neutralice u ocupe. En cualquier caso, con independencia del éxito que se obtenga, su ataque siempre sería legal.

La primera parte del estudio; es decir, estimar: Que la naturaleza del objetivo; Que la ubicación en la que se encuentra; Que el uso que el enemigo está haciendo de él, o Que la finalidad que de él se puede sacar favorecen al esfuerzo de guerra del enemigo, es un análisis que debe llevar a cabo por el J-2 (Oficial de Inteligencia).

Por el contrario, la segunda parte; es decir, la valoración de la ventaja militar que se podría obtener con su neutralización, destrucción¸ captura u ocupación, es responsabilidad del J-3 (Oficial de Operaciones).

IV. LA PRECISIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL EN EL DIH

Las carreras de armamento hace décadas que abandonaron la cantidad por la calidad[7]; bien es verdad que el coste puede constituir en ocasiones un hándicap difícilmente salvable, pero la precisión y la supervivencia priman actualmente en el llamado mundo desarrollado.

7 Durante décadas ha sido utilizada la fórmula de Lancaster para comparar las capacidades de dos fuerzas armadas. Según esta fórmula, de dudosa eficacia, el índice de capacidad comparativo de una fuerza armada se obtenía multiplicando el número de efectivos (personal y material) por el cuadrado del índice de calidad de ambos (personal y material).

La precisión tiene dos vertientes íntimamente relacionadas entre sí: por un lado el prestigio, la eficacia, la disuasión, y por otro la minimización de daños indeseables. Como es sabido esta última condición es la base del cumplimiento del DIH en el desarrollo de las operaciones.

Por otro lado y, como consecuencia de la globalización que nos impide desentendernos de los problemas por lejanos que aparezcan, y de la presión de la opinión pública y de la capacidad de los medios de comunicación que han transformado a los escenarios bélicos en virtuales set de televisión y a las acciones armadas en la base de los noticieros, nos encontramos participando en conflictos armados transparentes en los que la opinión pública puede jugar un papel muy importante para la derrota y definitorio para la victoria.

La opinión pública se forja en base a una serie de parámetros, de entre los que se pueden destacar los siguientes: La confianza que los ciudadanos tienen en sus Fuerzas Armadas; El grado de entendimiento y compresión sobre la causa defendida; La aceptación del empleo e intensidad de la fuerza, y La justificación de los daños generados. Es por todo ello, por lo que la precisión ocupa hoy en día un lugar difícilmente desbancable por cualquier otro tipo de consideración.

Si profundizamos en el parámetro de la precisión, fácilmente concluimos en que no se consigue con declaraciones grandilocuentes o titulares en los noticieros, sino con previsión y concreción, o como aquí apuntamos a través de elementos específicos, que denominamos las tres *Aes* de la precisión*;* a saber:

- *Armamento*. La naturaleza del arma, la capacidad de los sensores para detectar la presencia del enemigo y de discriminarlo, las posibilidades de minimizar las alarmas falsas, los sistemas para eliminar errores, los diferentes radios de acción, etc. van a constituir elementos claves a la hora de valorar la precisión en el impacto.
- *Adiestramiento*[8]. El nivel alcanzado por la unidad como tal, el grado de instrucción de cada uno de sus integrantes, la formación recibida por los individuos, las medidas de control y seguimientos de órdenes establecidas, el compromiso adquirido sobre el cumplimiento del DIH, etc. dan el valor moral y operativo de una unidad.

---

8 La diferencia entre instrucción y adiestramiento radica en que mientras el primero tiene carácter individual, en el que la persona se capacita en el empleo de las armas que tiene asignadas, el segundo implica el entrenamiento de un colectivo como tal, es decir, aplicando las tácticas de la unidad en su conjunto.

- *Asesoramiento*. La información adecuada, oportuna y actualizada que se proporciona al Comandante, la valoración de los datos según las circunstancias, los procedimientos redundantes para evitar errores, la humildad para rectificar los errores cometidos, etc. se erige como la tercera columna para sostener la precisión buscada.

De estos tres elementos, tan sólo uno, el asesoramiento, es responsabilidad exclusiva del Oficial de Inteligencia, pues se basa en la valoración de los datos, y ésta en la Información. Pero como hemos dicho con anterioridad, no deben existir compartimentos estancos, bien al contrario, el OI debe conocer los otros dos elementos ya que como van a afectar a la ejecución, influirán[9] en el Juicio de Inteligencia que tiene que presentar el J-2 al Comandante.

En los análisis y las previsiones que lleva a cabo el Oficial de Inteligencia, es tan importante la precisión de un arma que podría llegar a cambiar la casuística de ser o no ser utilizada:

– *Para un arma precisa*. Dado que con toda probabilidad va a impactar en el objetivo, las consideraciones a tener en cuenta serían las siguientes:
    - El radio de acción del arma tiene que ser igual o inferior a las dimensiones del objetivo. En el caso de que el radio de acción fuera muy inferior se reiteraría el ataque.
    - Presencia de personal civil en el interior del objetivo, normalmente por motivos laborales. En este caso, como el objetivo es la instalación misma, antes de atacar habrá que analizar: Los turnos de trabajo; Las horas en las que se efectúa el relevo; La situación según los días de la semana, etc. Al objeto de llevar el ataque, si fuera posible, cuando no haya presencia de civiles y en caso de que la actividad laboral fuera H-24, evitar las horas de relevo y atacar cuando se previera una menor presencia de civiles, tal vez durante el turno de noche.
    - En el caso de que el objetivo fuera de *doble-uso*[10], será necesario primero precisar si el uso civil es temporal, permanente o esporádico,

---

9 La proximidad de un bien civil a un objetivo militar, no siempre tiene que ser relevante, pues si el objetivo es fácilmente identificable, el grado de precisión del arma es muy alto, el radio de acción de la explosión es menos que la distancia al bien civil y el nivel de adiestramiento de la unidad es alto, no tiene porqué influir en el ataque. Por el contrario, en otras ocasiones puede ser definitorio para cambiar la hora del ataque posponiéndolo, cambiar el sistema de armas a emplear o sencillamente cancelar el ataque definitivamente.

10 Con frecuencia, las vías de comunicación, los puertos, aeropuertos, estaciones de ferrocarril tienen esta condición, lo que no por ello les salvaguarda *a priori* de un

para intentar evitar el ataque durante el *doble-uso*. También influirá en el tipo de ataque a realizar, pues tal vez se podría empezar con un ataque preventivo en la zona confirmada como militar, que permitiera la evacuación o provocara el alejamiento de los civiles.

– *Para un arma con grado de precisión reducida*. Con independencia de la potencia del arma, lo normal será que no impacte contra el objetivo, por lo que habrá que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

  - Los civiles que se encuentren en las proximidades del objetivo, bien en tránsito o bien en su domicilio. Para hacer las estimaciones y calcular el momento del ataque, habrá que tener en cuenta la clase social del colectivo que se trata, pues influirá en: la hora de salida para el trabajo, la existencia o no de transportes escolares, la hora del almuerzo, la presencia de niños en casa, etc.
  - La solidez de las edificaciones en las que se encuentran los civiles. También aquí, el nivel social influirá en el volumen de los edificios, la dureza de las casas, la proximidad unas de otras, la ocupación de las viviendas, etc.
  - La dirección de los ataques, para minimizar con ella los efectos indeseables que pueden causar los desvíos previsibles del armamento y que deberán dirigirse hacia las zonas donde se prevea que van a generar menores daños.

V. CAMPOS CONJUNTOS[11] IMPRESCINDIBLES EN EL ANÁLISIS DE OBJETIVOS

Quizás las peculiaridades que más caracterizan el trabajo de Estado Mayor lo constituyen el equipo, el método y la coordinación, con ellas se evitan: Los protagonismos improductivos; Las genialidades imprudentes; Las malas interpretaciones; Las dificultades para sustituir a un compañero; Los trabajos redundantes, y Las lagunas sensibles.

---

ataque.

11 Los campos conjuntos tienen su especial proyección en las reuniones que mantiene periódicamente el Comandante con representantes de todas las Secciones de su Estado Mayor.

A la hora de analizar un objetivo, ya hemos visto que se deben mantener dos puntos de vista, el propio y el del enemigo; esta es la razón por la que dos secciones del Estado Mayor deben trabajar no conjuntamente, puesto que esta conjunción se consigue en la persona del Comandante, pero sí totalmente coordinadas para que el proceso de la decisión no se encuentre viciado por la presencia de elementos indeseables. Las dos secciones[12], que ya hemos mencionado en más de una ocasión, son la de Operaciones y la de Inteligencia.

Aunque no es el motivo de este trabajo, mencionamos aquí un elemento clave, que no puede faltar en el estudio de la Sección de Operaciones, en cuanto a lo que la aplicación del DIH se refiere; éste no es otro sino el hecho de conocer el grado de adiestramiento que tiene la Unidad a la que se va a encomendar la misión. Para ello, es necesario mantener un estadillo actualizado sobre la capacidad de la Unidad como tal, y sobre la aptitud de sus componentes individuales como elementos básicos en la operación.

Tipos de Daños generados en los ataques

Nombre del Daño	Planeado el Daño	Deseado* el Daño	Tipo de Ataque
Accidental	NO	NO	Directo
Incompetente	NO	NO	Indirecto
Colateral	SI	NO	Directo
Subsidiario	SI	NO	Indirecto
* Ningún daño es deseado ya que en el caso de que lo fuera nos encontraríamos con un clarísimo crimen de guerra, ya que mientras los efectos se consiguen sobre los objetivos, los daños se generan sobre personas y bienes protegidos.			

Un elevado número de bajas o de sustituciones entre los efectivos de la Unidad, puede generar la pérdida de capacidad operacional, momentánea o temporal, por lo que la misión podría llegar a ser imposible de cumplir con arreglo a los estándares de bajas y eficacia establecidos, y requerir un cambio de la misión, la asignación de la misión a otra Unidad o la demora de la fecha, hasta volver a recuperar los requisitos establecidos, para ser llevada a cabo.

Todo lo que acabamos de mencionar estaría relacionado con el mayor o menor riesgo de generar los llamados daños *incompetentes*, que sin duda deben ser minimizados de acuerdo a las posibilidades operativas. Estos daños, obviamente no deseados, estarían producidos por causa de la negligencia, im-

---

12 El número de secciones del Estado Mayor pueden llegar a nueve, en cuyo caso serían las siguientes: J-1, Personal; J-2, Inteligencia; J-3, Operaciones; J-4, Logística; J-5, Planes; J-6, Sistemas de Información y Comunicaciones (CIS); J-7, Ejercicios y Adiestramiento; J-8, Presupuesto y Finanzas; J-9, Cooperación Cívico-Militar (CIMIC)

pericia o incapacidad de alguno de los cuadros de mando o de alguno de los ejecutores básicos de la misión.

Por su parte, al mismo tiempo que la Sección de Operaciones está trabajando en el planeamiento del ataque, la Sección de Inteligencia analiza el objetivo y su entorno, y entre otras consideraciones operativas, hay tres que nunca deberían faltar en su estudio:

- *Análisis de los bienes*[13] *ubicados en las proximidades del objetivo.* Este estudio está íntimamente relacionado con los daños *colaterales*, generados por: La imprecisión del sistema de armas; La impericia de los ejecutores; El excesivo radio de acción de las armas empleadas; La táctica adoptada para el ataque; La solidez de las edificaciones de los bienes; La hora escogida para efectuar el ataque; Las costumbres de la población civil en ese horario, etc. Obviamente estas consideraciones mencionadas pueden influir de manera individual o colectiva.
- *Influencia del objetivo en la vida de los civiles del enemigo.* Este estudio está íntimamente relacionado con los llamados daños *subsidiarios,* generados indirectamente en la población civil en general o en un grupo de civiles en particular. De manera especial sucede con la *interdicción,* operación que consiste en impedir que el enemigo tenga posibilidades de reforzarse o simplemente de abastecerse para su subsistencia. Este tipo de operaciones se lleva cabo sobre: los centros logísticos, las vías de comunicación y los sistemas de transporte del adversario, buscando impedir el movimiento logístico. Cuando tiene éxito la interdicción, todos los civiles que tuviera una dependencia de subsistencia de esos mismos centros de almacenaje, de aquellas vías de comunicación o de estos elementos de transporte se verán afectado también de manera proporcional, lo que sin duda constituye un daño, en este caso *subsidiario*, que debería ser evaluado para verificar si era o no proporcional al ventaja militar pretendida.
- *Proximidad de construcciones civiles similares a la del objetivo.* Este estudio está íntimamente relacionado con los llamados daños *accidentales*, generados bien por una operación inadecuada de los sistemas de armas, o bien por un error en la identificación del objetivo. Ya hemos

[13] El criterio general es que cuando se emplea el término *bienes* se sobreentiende que nos estamos refiriendo a bienes de carácter civil, mientras que cuando se emplea el término *objetivo*, éste lleva implícito su carácter militar. De igual manera, la palabra *efectos* se refiere a los resultados conseguidos sobre los objetivos militares, mientras que el término *daño* está referido a los bienes de carácter civil.

mencionado anteriormente, al referirnos a la falta de adiestramiento o de instrucción, que es la Sección de Operaciones la que debe velar por mantener los niveles, pero en lo que respecta a que existiera un problema en la identificación del objetivo y, como consecuencia del error, se atacara un bien civil de apariencia similar, o se interpretara una reacción de los civiles como una acción hostil, es el Oficial de Inteligencia el principal responsable de prever esas circunstancias, ya que conoce al enemigo, sabe de sus actividades y de sus tradiciones, y cuándo algo puede ser causa de daños indeseables inaceptables, lo que tendría que ser puesto de manifiesto para que el Comandante, auxiliado por la Sección de Operaciones, tomara sus propias precauciones.

Como acabamos de ver, de los cuatro campos imprescindibles, desde el punto de vista del DIH, a la hora de estudiar un objetivo uno es responsabilidad del J-3 (Operaciones) y tres del J-2 (Información). Una vez más constatamos la importancia del Oficial de Inteligencia a la hora de facilitar la decisión del Comandante.

VI. OTROS CAMPOS COMPLEMENTARIOS

Otros campos no desdeñables que también deben ser objeto de análisis por parte del Oficial de Inteligencia serían los siguientes:

– *Con respecto al territorio enemigo:*

  - *Lista actualizada de objetivos* para evitar que sean atacado elementos que si bien en su momento constituyeron un objetivo militar, el cambio de actividad hace que sean descartados de la lista.
  - *Despliegue actual de las fuerzas enemigas*, porque con sus movimientos también hacen cambiar el escenario de protección en sus proximidades. Lo que antes no era un riesgo de ser afectado por la distancia, lo puede ser ahora porque se ha desplazado el enemigo.
  - *Costumbres*[14] *y tradiciones de los civiles del país enemigo*, la falta de información en las fuerzas propias puede generar errores al inter-

[14] Durante el conflicto armado de Kosovo, un avión de la OTAN atacó, por error, a unos civiles que efectuaban disparos al aire, costumbre arraigada en la antigua Yugoslavia, con la que se manifestaba su júbilo al término de celebraciones familiares, como las bodas.

pretar comportamientos de los civiles como agresiones o respuestas hostiles a nuestra presencia, dando lugar a reacciones indeseables y lamentables.

- *Lugares de concentración de civiles del país enemigo,* como consecuencia de reivindicaciones, fiestas culturales o religiosas, etc., en las que la inconsciencia puede hacer que se olviden de la situación real que viven de conflicto armado y aproximarse peligrosamente a un objetivo.

– *Con respecto a nosotros y a nuestros aliados*

- *Radio de acción y eficacia de las armas disponibles* para, llegado el caso, sugerir cambios técnicos, tácticos o temporales que minimizasen los previsibles daños incidentales que se iban a generar.
- *Grado de disciplina y profesionalidad de las fuerzas,* pues de ello se puede deducir la precisión con la que se van seguir las directrices o, por el contrario, aconsejar introducir nuevos elementos de control que eviten conductas indeseables.
- *Grado de belicosidad de los civiles ante el conflicto*, para prever el comportamiento que pudieran tener ante prisioneros de guerra o ante civiles del país enemigo residentes en el nuestro.
- *Nivel de neutralidad de los civiles ante el conflicto*, por el riesgo que pudiera existir de que llevaran a cabo acciones hostiles o de hostigamiento contra fuerzas enemigas en proximidad o acciones insurgentes contra las fuerzas en ocupación[15].

VII. LOS ERRORES DEL OFICIAL DE INTELIGENCIA

Por su propia condición, el Oficial de Inteligencia maneja un volumen de información muy superior al que dispone su Comandante, ya que si se siguen los procedimientos habituales, el Comandante tan sólo debe conocer lo es-

---

15 Aunque ambas figuras, la del partisano y del guerrillero están contempladas en el DIH, considerándoles, siempre y cuando cumplieran los requisitos establecidos, como combatientes legales, no es menos importante la necesidad que tienen los probables civiles que fueran a ejercer estas funciones, de conocer los requisitos establecidos por el DIH y los derechos que en su caso pudieran tener, ante una eventual captura.

trictamente necesario para tomar la decisión. Esta situación representa una mayor y específica responsabilidad para las personas relacionadas con la Inteligencia, de manera que las sitúa ante un mayor riesgo de cometer crímenes de guerra.

A la vista del Estatuto de Roma que incorpora los llamados crímenes de guerra por omisión, podemos analizar las conductas por las que un Oficial de Inteligencia podría incurrir en comportamientos comprometidos, que los podríamos resumir en los siguientes:

- *Por Omisión.* Es decir, por falta de acción, lo que se podría materializar en dos situaciones:
  - *Información incompleta*. El Oficial, probablemente por error, no ha aportado datos fundamentales para la toma de decisión; como por ejemplo: Los horarios de trabajo del personal civil; La protección natural de los bienes civiles; La proximidad de bienes culturales o religiosos, etc.
  - *Información obsoleta*. El Oficial, probablemente por error, no ha actualizado unos datos cuya importancia podrían llegar a cambiar la naturaleza del objetivo, transformándolo en un bien civil.
- *Por Comisión.* Es decir, por haber realizado acciones equivocadas, lo que también se podría materializar en otras dos situaciones:
  - *Información Ineficaz*. El Oficial pone a disposición del Comandante unos datos después que éste ya ha tomado la decisión.
  - *Información Errónea.* El Oficial transmite unos datos equivocados, bien porque estaba el mismo en un error, bien porque voluntariamente hubiera querido confundir al Comandante o bien porque *a posteriori* quisiera justificar una mala decisión del Comandante.

VIII. LA INFORMACIÓN COMO UN ARMA Y LOS PERIODISTAS COMO VÍCTIMAS

Con frecuencia se enarbola el derecho a la información como una patente de corso que debería abrir todos los mares y estrechos, con independencia de su naturaleza y de los escenarios en los que se desarrollo de la actividad.

No decimos nada novedoso cuando afirmamos que los Medios de Comunicación están relacionados con la Información y ésta con la Inteligencia.

Los avances de la Comunicación, en las técnicas y en el factor humano; Las exigencias de los consumidores de información; La globalización empresarial en el mundo de la información, y La competitividad de las firmas, hacen que prime más el titular de la prensa que el procedimiento utilizado para obtenerlo.

El hecho de que los periodistas busquen las primicias más sorprendentes e pretendan transmitirlas lo antes posible trae como consecuencia que intenten ser testigos de excepción en las operaciones y que dispongan de poco tiempo para remitir sus notas, con lo que aparecen dos riesgos:

- *Proximidad a la Zona de Contacto*. Esta consideración unida quizás a otras hace que las Empresas dedicadas a la Comunicación prefieran adoptar sus propias tácticas, tales como:
    - Que sus reporteros actúen con libertad, lo que obviamente va parejo al riesgo que provocan las acciones bélicas, antes de que tengan que ajustarse a los requisitos establecidos para un corresponsal de guerra.
    - Que las informaciones publicadas provengan *freelance,* a los que el mejor postor compra libremente las noticias que le interese, antes que de reporteros de sus respectivas plantillas.
    - Que sus reporteros pertenezcan a una nueva modalidad, equidistante de las anteriores, el *embebed* que, actuando como un periodista libre, cuenta con un cierto apoyo y unas mínimas medidas de seguridad, suministradas por la unidad militar en la que está *empotrado para una operación.* Ésta modalidad ha aparecido forzada por un lado por la competitividad entre los diferentes medios y, por otro, por la tipicidad de los conflictos armados actuales.
- *Falta de seguridad en la transmisión de datos.* Al primar la velocidad en la Información por encima de cualquier otra consideración quedan relegados a segundo término otro tipo de aspectos, tales como:
    - La posibilidad de que la Información lleve elementos sensibles que pudieran ser utilizados como bases esenciales para la Inteligencia; es decir, que con ellos se pueda informar no sólo a los lectores habituales de los medios, sino también a aquellos que los utilizan como *fuentes blancas* de información para analizar y deducir de ellas Inteligencia.
    - Los medios de seguridad utilizados en la transmisión de datos habitual no cubran las eventualidades propias de la fuga de Información,

por lo que llegado el caso podrían ser usados como un arma. Esta condición nos estaría introduciendo, con mucha probabilidad, dentro del campo del espionaje.

En cualquier caso queremos recordar una vez más que *la Información es un arma*, o por lo menos se puede comportar como tal; veamos algunas consideraciones al respecto:

- La *opinión pública,* que puede llegar a forzar decisiones políticas, lo que a su vez influye directamente en los planes estratégicos, depende mucho de la *opinión publicada* por los Medios. Éste es uno de los motivos por los que se dedica tanto esfuerzo a la Cooperación Cívico-Militar (CIMIC) y a las Operaciones Psicológicas (PSYOP).
- Todo lo que sucede durante un combate forma parte del combate, por lo que no se debe ignorar que toda persona es potencialmente un elemento capaz de realizar acciones de Inteligencia Humana (HUMINT).
- Los riesgos de la línea de combate son indiscriminados ya que están, en términos prácticos, más relacionados con el área en el que aquél se desarrolla que con la naturaleza de los elementos que allí se encuentran.
- La diferencia entre un periodista que busca información en el área de combate para vendérsela a un editor y un espía que en el mismo área busca datos para ser explotados en el esfuerzo de guerra por otro bando, es muy sutil, pues con frecuencia las posiciones para la obtención de datos y los datos en sí, son los mismos. Por otra parte, no resulta nada extraño de imaginar el que un espía utilizara la cobertura y acreditación de un periodista para mantener su clandestinidad.

Decíamos también que el periodista se encuentra próximo a este arma, que es la Información, como una víctima; de hecho el Protocolo Adicional I dedica un artículo[16] a la protección de los periodistas. Del análisis de la normativa

---

[16] El artículo, que es el 79, se encuentra dentro del Capítulo III, dedicado a los Periodistas, que a su vez está dentro de la Sección III (Trato a las personas en poder de una Parte en conflicto) y ésta dentro del Título IV dedicado a la Población Civil.
Artículo 79.– ***Medidas de protección de periodistas.*** 1. Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50. 2. Serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el artículo 4, A.4) del III Convenio. 3. Podrán obtener una tarjeta de identidad según el modelo del Anexo II del presente Protocolo. Esa tarjeta, que será expedida

que lo contempla y del trabajo que realizan, podemos concluir en que el periodista tiene una *protección de derecho* equivalente a la de una persona civil. El problema empieza a aparecer cuando nos detenemos en su *protección de hecho.* Nadie pondría en cuestión que el riesgo a un contagio de un periodista que está retransmitiendo una intervención quirúrgica es el mismo que el que soportan todas las personas que se encuentran en el quirófano, con independencia de su cometido asignado. De igual manera, cuando un periodista se encuentra cubriendo un conflicto armado, pueden aparecer ciertas circunstancias que sin duda relativizan su *protección de hecho;* estas circunstancias las podríamos identificar con las siguientes:

- *Falta de enlace con la Unidad militar próxima*. A diferencia de un *corresponsal de guerra,* el enviado especial, el *freelance* o el *embebed* son personas que actúan con un elevado grado de independencia, por lo que habitualmente desconocen la idea de la maniobra militar; es decir, no saben las acciones que van a realizar las fuerzas armadas y mucho menos, las reacciones ante los cambios de situación o de escenario.
- *Falta de Instrucción con la Unidad militar*. Esto puede dar lugar a una carencia en la preparación física y a desconocer los procedimientos a seguir ante los diferentes ataques que previsiblemente puede sufrir la Unidad militar que se encuentra en sus proximidades.
- *Falta de Apoyo de la Unidad militar*. Por esta razón, el equipo utilizado por el periodista y los medios de protección que disponga pudieran no ser suficientemente adecuados, lo que además del riesgo añadido, tal vez generase problemas en el caso de que tuviera que establecer comunicación con la Unidad, para solicitar apoyo, ya que perfectamente los equipos utilizados por unos y otros no fueran compatibles.

IX. EL OFICIAL DE INTELIGENCIA VERSUS EL AGENTE DE INTELIGENCIA

A lo largo de estas consideraciones se ha hablado del OI, que bien integrado en un EM o bien desarrollando sus funciones en el terreno, normalmente la retaguardia, están perfectamente respaldados por el estatuto de combatiente

por el gobierno del Estado del que sean nacionales o en cuyo territorio residan, o en que se encuentre la agencia de prensa u órgano informativo que emplee sus servicios, acreditará la condición de periodista de su titular.

y, en consecuencia, comprendidos de manera total dentro de los denominados combatientes legales. Es precisamente la condición de combatiente legal, la que les hace sujetos amparados por los Convenios de Ginebra de 1949 y por el I Protocolo Adicional de 1977.

Dentro del mundo de la Inteligencia se encuentran también los agentes, algunos de los cuales pueden, como consecuencia de sus funciones, entrar dentro del colectivo de los espías. Para que esto suceda, es necesario que la función realizada sea la de obtener información, en el área de operaciones y de manera ilegal. Son muy importantes estos tres puntos, pues tan pronto desaparece uno de ellos, sucede otro tanto con la condición de espía.

Los espías están incluidos dentro del colectivo de combatientes ilegales, en el sentido de que si bien participan de manera directa o indirecta de los combates, el hecho de que lleven a cabo sus acciones hostiles, como es la búsqueda de información, de manera ilegal, les hace perder totalmente su condición y, en consecuencia, les excluye de la protección de los Convenios y Protocolos de Ginebra.

En cualquier caso, incluso los espías, que si bien al caer en manos del enemigo van a ser puestos a disposición judicial y les va a ser de aplicación el ordenamiento jurídico interno del país detenedor, también tienen unos mínimos de protección, expresados en la denominada Cláusula Martens, contemplada en el párrafo 2º del artículo 1º del Protocolo Adicional I, y que se pueden sintetizar en la aplicación del *Principio de Derecho de Gentes*, con la presunción de inocencia y la prohibición de maltratos, vejaciones y humillaciones; de los *Principios de Humanidad*, con el socorro a los necesitados y la evitación de daños innecesarios, y de los *Principios de la Conciencia Pública*, con la igualdad ante la ley, y la aplicación de un juicio previo.

X. EL AGENTE DE INFORMACIÓN

La cercanía, más real que física o geográfica, entre los países, la interrelación múltiple a nivel global, de intereses comunes, así como la existencia de canales para difundir la información que permiten disponer de ella, sino en *tiempo real*, al menos en *tiempo útil*, obligan a los estados, bien porque tienen vocación internacional o bien porque quieren abrirse *puertas* más allá de sus naturales áreas de influencia, a disponer de *sensores* capaces de alertar, de confirmar y de evaluar sobre todos aquellos aspectos que dada su naturaleza de intereses compartidos o incluso antagónicos requieren un juicio pondera-

do y una decisión, en la que el factor tiempo y el conocimiento de otras posturas internacionales pueden ser decisivos.

Esta labor la tienen que realizar personas cuyo juicio, profesionalidad y buen criterio de selección han sido reconocidos por el organismo que les envía, y cuya proximidad al escenario, objeto de la información, resulta la mayor parte de las veces indiscutible.

Un caso ejemplarizador de lo que estamos hablando es la designación y presencia de miembros de la Unión Europea, durante el conflicto de Bosnia Herzegovina, cuando Bruselas consideró imprescindible tener *ojos y oídos* sobre el terreno, a fin de poder controlar la eficacia de los medios suministrados y, en su caso, corregir aquellas desviaciones que pudieran maximizar los esfuerzos políticos, económicos y sociales, que la UE estaba realizando en un territorio, la mayor parte de las veces hostil y sin ausencias de riesgos.

La labor que estamos mencionando se lleva a cabo, habitualmente, en tiempo de paz y sus responsables son conocidos y *autorizados* por el gobierno de país *de trabajo*. Durante este tiempo las funciones de obtención, evaluación y transmisión de la información se desarrollan dentro de las leyes que conforman el Ordenamiento Jurídico Interno (OJI) y a él se deben someter en todo momento. En el caso de una infracción en el *desarrollo de actividades*, sería de aplicación el OJI, antes mencionado, la expulsión del territorio como persona *non grata*, o ambas al mismo tiempo. Ni que decir tiene, que sería de aplicación el *bloque* de Derechos Humanos (DDHH), ya que no existirían motivos que justificasen la suspensión de ninguno de ellos.

En tiempo de tensión, crisis o incluso durante el despliegue de una Operación de Paz, podría darse la circunstancia de que el gobierno hubiera decretado algún estado especial, tal como *de alarma, excepción o sitio,* con lo que nos podríamos encontrar con alguno de los *derechos humanos de la Declaración* suspendido, reducido o interpretado.

XI. EL DECÁLOGO DEL OFICIAL DE INTELIGENCIA

El Oficial de Inteligencia no se encuentra dentro de una burbuja dentro del Estado Mayor, por el contrario una preocupación constante es la de evitar los compartimentos estancos que a lo único que conducen es a: Aumentar el gasto; Posibilitar las interferencias; Favorecer las lagunas y, en definitiva, Dificultar al Comandante en la Toma de Decisiones. Por esta razón recordamos aquí, antes de intentar sugerir algunos consejos al Oficial de Inteligencia, los

elementos que siempre debe tener presente durante el desarrollo de su cometido.

Elementos			Acciones
Tácticos	Jurídicos	Humanitarios	
Importancia Vulnerabilidad Identificación Amortiguamiento Demora Reserva Dispersión Distancia	Naturaleza Ubicación Uso Finalidad	Necesidad militar No perfidia Proporcionalidad Distinción Limitación	Neutralización Destrucción Ocupación Captura

Cuando el Estado Mayor presenta varias *líneas de acción* a su Comandante para que éste proceda a la Decisión, que no es otra cosa sino escoger una de ellas, todas deben cumplir los requisitos de adecuación, aceptabilidad y practica.

La línea de acción será *adecuada*, con arreglo a los criterios de *importancia, amortiguamiento, demora y reservas;* será *aceptable*, deducida de la *vulnerabilidad y dispersión,* y será *practicable,* dependiendo del análisis de la *distancia e identificación.*

Sin pretender ser exhaustivos, pero sí con un propósito de resumen práctico, podemos establecer diez criterios a observar, de manera general, por los Oficiales de inteligencia, a la hora de asesorar a su CTE:

1. Domina la capacidad destructiva de las armas propias para poder estimar los daños que se van a generar.
2. Recuerda que como todo ataque produce daños a elementos no militares (civiles, ecológicos, morales), tiene que existir una necesidad militar.
3. Recomienda la hora del ataque, las víctimas civiles dependerán de la hora del ataque, de la solidez de los edificios, de las costumbres, etc.
4. Sugiere la advertencia al enemigo; como por ejemplo ante el ataque a un hospital que el enemigo está utilizando también como puesto de mando.
5. Recomienda medidas para vigilar el cumplimiento del DIH por tus propias fuerzas, para salvaguardar al CTE y prestigiar tu país.

6. Se evitan errores y daños irreparables, con la Inteligencia, que permita saber quienes participan o no de las hostilidades.
7. Incluye entre tus Elementos Esenciales de Información, los cambios de actividad en los posibles objetivos y la manera que afectan a la población civil
8. Recuerda que se pueden generar daños subsidiarios a la población civil, por ataques indirectos.
9. Tu experiencia puede ser aprovechable para estimar el riesgo de la población civil propia por su proximidad a objetivos militares propios.
10. Es más seguro que reconozcas un error ante tu CTE, a que tú y tu CTE os encontréis ante un crimen de guerra por no haber corregido la Información.

XII. EL DECÁLOGO DE OFICIAL DE INTERROGATORIOS

A pesar de que el III Convenio de Ginebra, dedicado a la protección de los prisioneros de guerra, establece en su artículo 17[17] la manera de conducirse

---

[17] **Artículo 17. *Interrogatorio del prisionero*.**– El prisionero de guerra no tendrá obligación de declarar, cuando se le interrogue a este respecto, más que sus nombres y apellidos su graduación, la fecha de su nacimiento y su número de matrícula o, a falta de éste, una indicación equivalente.
En el caso de que infrinja voluntariamente esta norma, correrá el peligro de exponerse a una restricción de las ventajas otorgadas a los prisioneros de su graduación o estatuto. Cada una de las Partes en conflicto estará obligada a proporcionar a toda persona bajo su jurisdicción, que pueda convertirse en prisionero de guerra, una tarjeta de identidad en la que consten sus nombres, apellidos y graduación, el número de matrícula o indicación equivalente y la fecha de su nacimiento. Esta tarjeta de identidad podrá llevar, además de la firma o las huellas digitales, o las dos, cualquier otra indicación que las Partes en conflicto puedan desear añadir por lo que respecta a las personas pertenecientes a sus fuerzas armadas. Dentro de lo posible, medirá 6,5 x 10 cm y se expedirá en doble ejemplar. El prisionero de guerra deberá presentar esta tarjeta de identidad siempre que se le solicite, pero en ningún caso podrá privársele de ella.
No se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de la índole que fueren.
Los prisioneros que se nieguen a responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de ningún género. Los prisioneros de guerra que, por razón de su estado físico o mental, sean incapaces de dar su identidad, serán confiados al Servicio de Sanidad. Se determinará, por todos los

en los interrogatorios, la verdad es que los ejércitos establecen sus propias normas para realizar estos menesteres. Desde aquí recordamos que ninguna normativa doméstica podría ir en contra de lo establecido y ratificado internacionalmente.

En el caso de los países de nuestro entorno, los prisioneros son clasificados en cuatro categorías de acuerdo con el nivel de información que se les supone. Así encontramos aquellos que no requieren de ningún interrogatorio (D); los que por tener una información táctica van a tener un único interrogatorio (C); Los que por tener una información de tipo general van a pasar por dos interrogatorios (B), y los de alto nivel[18] que serán interrogados sin demora (A).

De igual manera, y con un propósito exclusivamente de simplicidad, vamos a enumerar a continuación, lo que se podría considerar como el marco de actuación de un Oficial de Interrogatorios, al objeto de que ni él, ni su CTE, ni su país, pudieran incurrir en delitos graves contra el DIH.

1. Aunque no es lo mismo un Prisionero de Guerra que un Detenido de Seguridad ambos están bajo el amparo del núcleo duro de los DDHH.
2. Aprovecha a los sicólogos para deducir de los comportamientos y reacciones de los detenidos y prisioneros, no para forzarles ilícitamente respuestas.
3. Se responsable para evitar que el conocimiento de los actos ilícitos cometidos por el interrogado, te impida comportarte como un OI profesional.
4. No es lo mismo ofrecer prebendas a los prisioneros, si colaboran, que amenazarles con represalias contra ellos o sus familiares.
5. Es mejor presentar imágenes de la vida de compañeros comunicativos, que cuadros trágicos de los que no han cooperado, aunque ambas sean ficticias.
6. En el perfil del oficial de interrogatorios debe primar más la psicología que la fiereza, el dominio que la temeridad, la seriedad que la heterodoxia.

---

medios posibles, la identidad de estos prisioneros, a reserva de las disposiciones del párrafo anterior.
El interrogatorio de los prisioneros de guerra tendrá lugar en un idioma que comprendan.

[18] Pertenecen a esta categoría: Generales; Jefes de Sección de Estado Mayor; Logistas; Sicólogos; Oficiales de Comunicaciones; Oficiales de Inteligencia; Especialistas en Defensa NBQ y los Pilotos.

7. Es preferible la legalidad a la presunta eficacia, lo que ahora puede ser un éxito, puede dar lugar a represalias o condenas de la comunidad internacional.
8. Recuerda que la responsabilidad de un Oficial de Interrogatorios no es compartida sino individual, y que la eficacia no es un atenuante ante el delito.
9. Toda actividad nueva, ha tenido que ser experimentada con éxito, tener en cuenta que las personas son distintas y mantener un control permanente.
10. Saber el campo de datos que se puede obtener de cada interrogado en función de su puesto en combate, puede evitar incomprensiones.

XIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos intentado reflejar y remarcar una serie de puntos relacionados con la Información, la Inteligencia y el Derecho Internacional Humanitario, que los podríamos concretar en los siguientes:

No tiene que haber problemas en compartir la información entre dos países aliados, aunque no parece probable que se fuera a compartir la inteligencia. En cualquier caso, si un país Comandante da por aceptable los datos recibidos por fuentes ajenas, también está aceptando una responsabilidad adicional sobre su fiabilidad.

Tanto los suministradores de datos, como los que los analizan no sólo son responsables ante sus Comandantes, sino que lo podrían ser ante otras instancias si sus errores hubieran propiciado decisiones que hubiesen generado daños incidentales que pudieran haber sido evitados con rigor y profesionalidad.

Los conocimientos sobre el enemigo del Oficial de Información son por definición superiores a los de su Comandante, por lo que deberán extremar la precaución de que le llegue a su Comandante todos aquellos datos necesarios para que su decisión de acuerdo con la ley.

Los conocimientos sobre el enemigo sirven para conseguir mejores efectos sobre los objetivos militares, evitar daños en la población civil de la parte enemiga y para reducir riesgos de la población civil propia.

La asimetría de los conflictos actuales y la participación atípica de los grupos armados en las hostilidades colocan a la inteligencia en primer lugar para reducir los daños que no proporcionen ventaja militar.

Las reuniones de Estado Mayor, no sólo son imprescindibles para conseguir la máxima eficacia operativa, sino para evitar errores que deterioran la imagen internacional del que los comete.

El derecho a la información exhibido por los periodistas como principal credencial, no puede ir en contra de la seguridad de las operaciones, pues en su desarrollo existen riesgos para las fuerzas propias y para la población civil que con ellas se pretende defender.

Los periodistas durante los conflictos armados aunque gozan de la misma protección *de derecho* que la población civil, su protección *de hecho* queda mermada desde el momento que desarrollan sus funciones en un área peligrosa y que su formación y equipamiento no siempre son los más adecuados para su autoprotección.

El derecho a la información o incluso el de defensa de un bien común superior, que también podrían ser esgrimidos por los oficiales de interrogatorios, no puede hacer caso omiso del *núcleo duro* de los Derechos Humanos, que contempla la prohibición de la tortura en todo momento, y del Derecho Internacional Humanitario que establece los únicos datos que tienen obligación de proporcionar los prisioneros de guerra.

Para un OI no es significativo que la naturaleza del conflicto sea internacional o interna, pues, si cabe, en los conflictos armados internos, el hecho de que los daños colaterales y los errores tendrían efecto en los bienes del propio país, podría estimular, por egoísmo, a que los cálculos y las precauciones fueran mayores.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

MARROIG POL, Lorenzo: El Centro Nacional de inteligencia, una aproximación a su configuración institucional. Revista Española de Derecho Militar. Vol. 80 (julio-diciembre 2002), pp. 105-148

JAR COUSELO, Gonzalo (2007): La Protección de los periodistas en caso de conflicto armado, Colección Tirant Monografías nº 516. Valencia, Tirant.

GUISÁNDEZ GÓMEZ, Javier

- (2007): El Principio de la Proporcionalidad y los daños colaterales, un enfoque pragmático (Conducción de hostilidades y DIH). Pontificia Universidad Javeriana.

– (2010): La Prospectiva en el ámbito de la Inteligencia. Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Derecho, Jornadas sobre la Inteligencia, marzo 2010.

NATO/PfP Unclassified AJP-2.5 (A); Captured Persons, Materiel and Documents.

Desafíos humanitarios en África

ANTÓNIO CARLOS TAVARES
Teniente Coronel de las Fuerzas Armadas de Cabo Verde

I. INTRODUÇAO

Trata-se de um tema da actualidade, porquanto as questões a ele inerentes se configuram na agenda política da comunidade internacional e que se expressa na dicotomia entre o "Direito Internacional" ou o conjunto de normas internacionais que se aplicam nas relações da comunidade internacional e as questões humanitárias que decorrem do relacionamento entre os diferentes actores e unidades políticas, pressupondo a sua aplicação, através de mecanismos e instrumentos preestabelecidos, para a reposição da paz e da estabilidade.

Com efeito, a Unidade seleccionada, para a nossa incursão, é o continente africano, mais concretamente a África ao Sul do Sahara, localizada no espaço charneira, de elevada importância geoestratégica e de confluência dos grandes interesses entre a Europa, a América e a Ásia, uma Região cuja complexidade geopolítica despertou interesse de académicos e investigadores dos mais diversos quadrantes da ciência do conhecimento.

Essa complexidade geopolítica caracteriza-se pelos seguintes aspectos:

Primeiro, pela sua potencialidade em riquezas minerais e reserva petrolífera, de elevado interesse estratégico para a economia mundial e a tecnologia de ponta;

Em segundo lugar, contrastando com a sua potencialidade, o continente africano debate-se com imensas fragilidades, traduzidas em problemas, dos quais se destacam os relacionados com os aspectos sanitários de elevados ris-

cos para a saúde pública, com repercussão acentuada na ruptura do tecido social. Aqui, referimo-nos às doenças endémicas, a malária, o HIV/SIDA, a pobreza crónica, a escassez da água e outros bens de primeira necessidade, a exclusão social, a mortalidade precoce, etc., etc.

Por outro lado, o acentuado deficit democrático e a desestruturação dos Estados, considerados falidos e/ou fracassados, constituem atractivos para a incubação e disseminação do terrorismo internacional, o narcotráfico, o crime organizado e outros ilícitos conexos, constituindo potencial ameaça à paz e à segurança internacional.

A incapacidade de determinados sectores políticos da sociedade africana, para liderar um projecto credível e de longevidade que ultrapasse algumas gerações e que permita o lançamento de bases sólidas para o desenvolvimento sustentável;

A corrupção política e económica, o contrabando, o narcotráfico e outras actividades ilícitas congéneres, geradores de tensões político-sociais;

A presença de actores e grupos de origem e interesses diversificados, nas sub-regiões do Corno d'África, do Oeste e dos Grandes Lagos, espaços onde se vem assistindo sucessivas crises, tensões e conflitos armados, de efeitos humanitários devastadores para a população civil indefesa: milhões de vidas perdidas em genocídios, centenas de milhares de refugiados, deslocados de guerras, número incalculável de mutilados, viúvas e órfãos.

Estas e demais questões servem de pressupostos que nos conduzem à ponderação sobre as seguintes variáveis, fundamentais:

1ª A dissidência da retórica de avaliação das potencialidades estratégicas africanas, com relação à projecção periférica da África, no tabuleiro das grandes decisões internacionais.

2ª A *interface* da gestão duma estabilidade política mitigada e a prossecução da visão prospectiva para uma segurança humana efectiva, assente nos princípios do Estado de Direito e do pleno exercício da cidadania.

3ª A imperatividade da aplicação das normas do Direito Internacional, em caso de violações graves contra a humanidade.

Estas e outras constatações exigem uma profunda e aturada reflexão porque, na verdade, a África ao sul do Sahara constitui espaço, onde coabitam o bom e o reverso da convivência humana, que se expressa numa enorme potencialidade económica adormecida e, por desgraça das suas populações, atinge o mais elevado índice do deficit humanitário mundial.

II. VETORES DE NATUREZA ESTRATÉGICA

Para se embrenhar na complexidade de questões africanas, torna-se, impreterivelmente, necessário um périplo pelo cenário mundial, antes e pós guerra-fria, o *modus faciendi* das principais organizações internacionais, com realce para aquelas, responsáveis pela gestão da paz e segurança internacionais.

Neste sentido, convém proceder-se à identificação dos vectores, de natureza estratégica, que influenciam as relações entre as unidades políticas e outros actores insurgentes não estatais, apanágio na nova ordem internacional, caracterizada pelo fenómeno da globalização da economia e do mercado, acompanhada de uma acentuada disrupção de valores, de quadros de referência e da legitimidade das lideranças.

Com efeito, um conjunto de situações, que constituindo graves ameaças contemporâneas à segurança internacional, pressupõe medidas adequadas para a sua prevenção, gestão e combate, das quais se destacam:

- Ameaça à soberania nacional, que raras vezes poderá ser um ataque directo ao território, mas podendo assumir a forma de uma agressão a uma zona da soberania ou a interesses bêsicos para uma nação ou, ainda, a limitação do exercício da própria soberania nas comunicações terrestres, aéreas ou maritimas para o transporte de bens e pessoas, das relações comerciais e outras.
- O terrorismo internacional, cujo desafio para a sua prevenção se converte num factor principal da estratégia de segurança e defesa, pelo seu *modus operandi* e motivações, pondo em risco vidas humanas, mobilizando elevados recursos, encontrando-se interconectados por redes electrónicas e dispostos a recorrer à violência sem limite e causar vítimas incontáveis.
- A proliferação da tecnologia de produção de armas de destruição massiva que, em potência, constitui a mais grave ameaça para a segurança, cuja aquisição, por grupos terroristas, poderá concorrer para a criação de um cenário muito mais terrível, com danos de uma magnitude que antes se encontrava, apenas, ao alcance dos Estados e respectivos exércitos.
- A delinquência estratégica, com uma dimensão importante, abarcando o tráfico transfronteiriço de drogas, de mulheres, imigrantes ilegais e de armas, podendo assumir ligações directas e/ou indirectas com o terrorismo, com autoridades corruptas, entrando no mundo legal da globalização, apoiando-se nos sistemas de comunicações e de informática, com as denominadas fronteiras cibernéticas muito indefinidas e muito

diferentes das fronteiras físicas tradicionais. Estas actividades são um risco que podem influenciar na seguranca, com incidência muito variável em diferentes países.

- A decomposição de Estados, tendo por base a má governança, o exercício abusivo do poder, a debilidade das instituições, a ausência de responsabilidade e da transparência na gestão da coisa pública, a corrupção generalizada, a exclusão social e a intolerância, cenário característico da Somália, Libéria e Afeganistão sob regime dos talibãs.
- Os conflitos regionais, com realce para os de Cachemira, Grandes Lagos, Darfur no Sudão, a Costa de Marfim, a Península da Coreia, do Próximo Oriente, etc., com profundas repercussões para a estabilidade regional, provocando incontável perda de vidas e a destruição de infra-estruturas sociais e materiais, pondo em causa o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais, podendo degenerar em extremismo, terrorismo e decomposição do próprio Estado, com o aparecimento, não raras vezes, da delinquência organizada e alimentar a demanda de armas de destruição massiva.
- A escassez de recursos básicos, como por exemplo a água e os produtos energéticos, impedindo a vida normal das populações, facto que dificulta o seu desenvolvimento e que pode causar o desaparecimento de uma comunidade de um território afectado. Prova evidente é o petróleo de Iraque e do Kweit, origem de um conflito e ameaça permanente de outros, e a água no Médio Oriente que pode causar conflitos bélicos pelo seu domínio.
- A pobreza extrema, a injustica social e as migrações são riscos para a segurança nacional e internacional, constituindo uma base excepcional para o desencadeamento de sublevações internas, produzindo um mal-estar interno e a sensação de vulnerabilidade. A imigração ilegal poderá ter influência directa na segurança interna dos países acolhedores e priva a nação de origem de um importante sector de população, com idade e capacidade de trabalho para o progresso e defesa da nação de origem.

  Quando à pobreza se juntar as desigualdades étnicas ou religiosas, a explosão demográfica juvenil, o desemprego, haverá um aumento de violência de dimensão imprevisível.
- As catástrofes naturais e a degradação ambiental, que provocam a destruição dos recursos e a desertificação, constituindo um risco para a segurança nacional e internacional, porquanto os seus efeitos extravasam as fronteiras do país em que originam.

A associação de todos estes riscos ou parte deles pode ocorrer em Estados falhados, frágeis e/ou em decomposição estrutural, fundamentalmente, quando o exercício da autoridade de facto assume o vazio da governação legitimada, constituindo uma ameaça muito radical a estabilidade e segurança regionais, com impacto internacional.

II. ESPAÇOS DE CONFLITUALIDADE ESTRATÉGICA

Assim, o panorama estratégico internacional apresenta, neste inicio do seculo XXI, um cenário de conflitualidade que se caracteriza pela existência dos seguintes elementos: o terrorismo de carácter internacional, a proliferação de armas de destruição massiva e a existência de "Estados fracassados" e/ou "Estados em decomposicao", fenómeno que debilita a ordem internacional e aumenta a instabilidade.

Observando, com pormenor, o panorama da segurança mundial, verifica-se a existência de seguintes espaços[1]:

1. O continente Euro-asiático, que se caracteriza pela existência das mais perigosas fontes potenciais de conflagração do globo: dos Balcãs à Coreia do Norte, passando pelo Cáucaso, Iraque, Irão e os conflitos israelo-palestiniano e indo-paquistano, constituindo uma das principais fontes de preocupação da comunidade internacional.
2. O espaço americano, que se caracteriza por uma grande instabilidade, em grande parte dos países ibero-americanos, com particular realce para os países andinos e Mexico, infestados pela insurreição, o narcotráfico, situação que se agrava com a pobreza e outros males inerentes.
3. África Sub-sahariana configura-se num espaço conflituoso, com inúmeros problemas, fundamentalmente, nas vertentes económicas e humanitarias, com agravo acentuado da pobreza, conflitos endémicos muito importantes, a disputa pelo acesso e controlo de recursos, a exploração dos recursos minérios e energeticos, tendo em consideração as incertezas que pairam com relação ao Golfo Persico, principal fornecedor mundial de hidrocarbonetos, e de enfermidades, destacando-se, neste caso, o HIV/SIDA, constituindo, no seu todo, factores poderosos de con-

---

[1] Roldán, Félix Sanz, "Panorama de la Conflictividad Internacional" in "Panorama Estratégico 2004/2005", Instituto Español de Estudios Estrategicos, Real Instituto Elcano, Ministerio de Defensa, p. 22.

flitualidade, capazes de pôr em perigo os processos regionais, actualmente em marcha, em benefício da estabilidade africana.

O continnente africano caracteriza-se pela existência de uma situação de permanente conflitualidade, motivada por diversas causas, uma endógenas e outras exógenas, que se torna cada vez mais complexa, quando se lhe agrega os factores emergentes do défice da má governação, a exclusão, a corrupção, a derrapagem democrática e outros tantos, que concorrem para a instabilidade interna e regional.

A autoridade legal, em muitos Estados africanos, não cobre toda a extensão do território nacional, existindo um vazio espacial que poderá constituir e/ou transformar-se em santuários do terrorismo e de grupos organizados que podem desencadear acções de violência, que constituem ameaças a estabilidade e segurança regional e/ou internacional, com consequências imprevisíveis para os chamados "Estados em decomposição" ou "Estados falhados".

O continente africano está confrontado com problemas de elevada complexidade: é o continente mais afectado pela pobreza, com milhares de pessoas a viver numa miséria sem precedente e em condições mais absurdas; crianças com futuro incerto, sendo a esperança de vida, na África Sub-sahariana, diminuido[2] desde 1990, de 60 para 50 anos, enquanto que no mundo desenvolvido, menos de 1 criança em cada 100 morre antes de cumprir os 5 anos de idade; na maior parte da África Sub-sahariana, o número equivalente é de 1 por cada 10, e em 14 paises é de 1 em cada 5; quatro milhões de crianças africanas, com menos de 5 anos de idade, morrem cada ano, por enfermidades devastadoras, como a malária, o HIV/SIDA, com mais de 25 milhões de pessoas infectadas; na Zâmbia, uma criança em cada três será órfão em 2010[3]; nessa área sub-sahriana, o número de pessoas, que vivem com menos de 1 dólar por dia, vem aumentando, desde 1990, enquanto que a subnutrição diminuiu a nível mundial, em África a mesma aumentou.

III. PAPEL DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

Para se ultrapassar esses e demais constrangimentos, a Comunidade Internacional está mobilizada, em todas as frentes, para fazer face a todos os

---

2 ONU, Doc. "Cumbre del Milénio", p. 28.

3 "Les Raisons - Rapport de la Comission pour l'Afrique", p. 1.

fenómenos que constituem ameaças para a estabilidade, segurança e desenvolvimento do continente africano.

Neste sentido, Instituições como as Nações Unidas e a União Europeia, em estreita coordenação com a União Africana[4] e demais Organizações Subregionais, como é o caso da "CEDEAO" - Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental e outras, desempenham um papel de primordial importância.

A presença europeia e do Tratado do Atlântico Norte em algumas regiões africanas, com particular realce para os Grandes Lagos, Sudão/Darfur, República do Congo Democrático e na Costa do Marfim, representou e representa o culminar de um elevado esforço, direccionado para a solução dos enormes problemas que assolam o continente africano, como medida de prevenção contra os riscos e as ameaças a segurança internacional.

Aliás, é de se referir, ainda, que a nível da União Africana, medidas foram implementadas com o apoio dos países que integram o G-8 e a União Europeia, para a criação de uma Força Africana em Estado de Alerta, a constituição do Conselho de Paz e Segurança, baseados nas experiências africanas e das Nações Unidas, no âmbito de operações de apoio à paz[5].

Em cada pais africano e por cada sub-região, pode-se apreciar a existência de sinais encorajadores de mudanças que se operam, abrindo novas esperanças para às diversas comunidades africanas, não obstante a persistência relutante de parcos regimes ditatoriais. A democracia está a afirmar-se no continente, tendo tido lugar, em mais de dois terços de países da África Subsahariana, eleições multipartidárias, algumas mais livres e mais justas que outras, incluindo alternativas de governação de forma democrática e pacífica. A guerra está cedendo lugar à paz, em diversos países.

IV. O IMPACTO DOS CONFLITOS ARMADOS EM ÁFRICA

África viveu momentos de turbulências e de conflitos violentos: a partir de 1970, desenrolaram-se mais de 30 conflitos armados, sendo a sua maioria ori-

---

[4] Ver o papel das Organizações Regionais, in O. Paye, "L'ONU et la Sécurité Internacionale", Bruxelles, 1995, p. 45, in Maj. Bem Malvaux, "Perspectives d'Avenir des Nations Unies dans un cadre securitaire".

[5] In "Relatorio do Presidente interino da União Africana sobre a reunião dos Chefes de Estado-Maior Africanos...", Adis Abeba/Etiópia, de 15 a 16 de Maio de 2003.

ginária por tenções internas. Em 1996, apenas em 14 dos 53 países africanos houve conflitos armados, responsáveis pela mais de metade de todas as mortes causadas pelas guerras no mundo inteiro, provocando mais de 8 milhões de refugiados e de pessoas deslocadas, e cujas consequências comprometeram gravemente os esforços envidados por África para garantir, a longo termo, a estabilidade.

Diferentemente dos finais dos anos noventa, actualmente, existem poucos conflitos armados de elevada potência, a nível mundial, mas África continua a ser um dos continentes onde os conflitos armados são mais numerosos.

A situação actual africana revela a existência de conflitos bem localizados e, também, de focos de instabilidade e de tensão elevadas, nomeadamente no que concerne às dificuldades de reconciliação nacional: o Mano River Basin, a região dos Grandes Lagos e o Corno de África.

Por outro lado, a má administração e a debilidade política que constituem o pano de fundo de muitos países africanos, têm uma forte dependência económica, por causas diversas: baixa cotização das matérias-primas, condições climáticas difíceis, epidemia do VIH/SIDA, instabilidade política, insuficiente apoio de emergência, escassa ajuda ao desenvolvimento.

A história desses anos todos demonstra que os países mais ricos em petróleo, diamante e outros recursos naturais de elevado valor constam de entre aqueles que conheceram mais guerras e conflitos violentos, constituindo um ciclo vicioso clássico do continente africano, que se traduz no dilema: não há desenvolvimento sem paz, como também, não há paz sem desenvolvimento.

A análise que se faz mostra que as guerras no continente africano não podem e nem devem ser reduzidas a um mero ódio tribal ou étnico, pois, se é certo que muitas manifestações do conflito se exprimem segundo clivagens étnicas, a verdade é que muitas outras causas, de ordem política, social ou económica, se encontram na base da violência:

- Causas endógenas

Mais de quatro decénios, após às independências de muitos países do continente africano, são os próprios africanos a reconhecer que as causas dos actuais conflitos são remotas e situam-se para além do passado colonial e, por isso, África deve fazer uma *radiografia* interna, de forma a encontrar respostas objectivas para a situação prevalecente.

As características do poder politico em muitos Estados africanos, assim como as consequências reais ou aparentes da forma como se toma e se mantém o poder, constituem causa fundamental de conflitos em todo o continente

aficano. Não raras vezes, uma vitória política adopta formas em que o vencedor considera património nacional, exclusivamente seu, e como prerrogativa do cargo, ao qual se deve acrescentar o sentimento comunitário de vantagem ou desvantagem acentuado, em muitos casos, pela existência de formas centralizadas e muito personalizadas de governo.

Os governos carecem de transparência e não se sentem obrigados a prestarem contas, quando os mecanismos de controlo sao inadequados ou ainda, quando não respeitam os imperativos legais e quando não existem meios pacificos para mudar ou substituir os dirigentes politicos ou ainda não respeitam os direitos humanos e o controlo politico adquire uma importância excessiva. Nesta situação, entra-se numa dinâmica muito perigosa[6].

A ausência duma governação aceitavel, assente em princípios e valores que devem enformar o exercício do poder, e compatível com os designios nacionais, acrescida da ausência e/ou fragilidades no sistema judiciário independente, duma polícia e um sistema prisional imparciais e eficazes, dos sistemas financeiros e regulamentares, administração portuária e aduaneira, o défice de funcionários qualificados, a nível nacional e local, não encorajam o crescimento económico e não possibilitam às camadas desfavorecidas o acesso aos bens para a sobrevivência e participação na tomada de decisões sobre assuntos que lhes dizem respeito.

A corupção é um outro fenómeno, presente na vida de grande número de africanos, que se alastra a todos os níveis da sociedade, com branqueamento de capitais, desvios fraudulentos de fundos destinados a investimentos publicos, transferências e depósitos, individuais, de elevadas somas em contas bancárias no estrangeiro, equivalentes a mais de metade da dívida externa do continente.

Ainda, um outro elemento, de elevada importância, a se ter em apreço, na abordagem das causas endógenas dos conflitos armados, trata-se do modelo de relações civil-militares/RCM, que se caracteriza pela inversão do papel dos militares com relação à população civil, facto que acontece na maior parte dos países africanos.

Longe de estar sob o controlo da sociedade civil, de conformidade com a respectiva normativa constitucional, os militares têm apoderado do controlo, não só das populações como, também, da toda máquina estatal, tendo por consequências mais perversas, a implantação de um regime militar prolongado, com atropelos dos direitos fundamentais, transformando as populações

6 Jornal "Diário de Notícias", de 9 de Maio de 2000, Lisboa/Portugal.

em verdadeiras vítimas da ditadura armada, com impacto desastroso para a estabilidade política e desenvolvimento das comunidades.

A desmilitarização constitui condição essencial para a democratização do continente africano, fundamentalmente, com relação ao controlo democrático das forças armadas e de segurança, com a introdução de normas de conduta que facilitam a aplicação dos princípios de transparência e assunção de responsabilidade, no exercício do poder, direccionados para a introdição de medidas de confiança e exigencias de comportamento mínimo, dentro dos parâmetros do Estado de Direito, pela supremacia constitucional da sociedade civil sobre o militar.

As causas imediatas das origens de conflitos variam consideràvelmente, apresentando variáveis comuns: a debilidade das instituições e a má governação sao factores de riscos, assim como o autoritarismo, a pobreza endémica, a desigualdade e a exclusão social.

Os Estados, nos quais os níveis de corrupção são elevados e os níveis da responsabilidade estão abaixo do remediável, reúnem todos os requisitos para o despoletar da violência.

Por outro lado, existe uma estreita relação entre a riqueza em petróleo ou em minerais preciosos e os riscos de conflitos, a tensão criada pelos problemas de acesso à terra, à água e a outros recursos menos lucrativos e vitais para a sobrevivência, continuam sendo de elevados riscos, assim como a identidade de grupo (o tribalismo, a etnicidade ou a religião), que se tem em conta na luta pelo poder.

- Causas exógenas

Uma das características da guerra-fria, constituiu a influência externa exercida pelas super potências, apoiando ou minando os regimes africanos, tendo por base a concorrência pelo acesso ao petróleo e outros recursos preciosos do continente e que, ainda continua a desempenhar um papel importante e, às vezes, decisivo tanto na supressão como na manutenção dos conflitos.

Neste tipo de intervenção deve-se ter em consideração que a intervenção estrangeira não se limita apenas aos Estados ocupados, mas também, os Estados vizinhos afectados pelos conflitos acabam por se envolver, inevitavelmente, de forma directa e/ou indirecta, com interesses muitas vezes por clarificar. Aliás, apesar da enorme devastação que acompanha consigo os conflitos, muitos beneficiam do caos e do vazio de responsabilidade e até pode acontecer que hajam interesses escassos ou nulos para que se ponha fim ao conflito e/ou muito interesse que o mesmo se prolongue.

Neste grupo de interesses, particularmente, em África destacam-se os comerciantes internacionais de armas e, muitas das vezes, os próprios protagonistas: na Libéria, o controlo e a exploração do diamante, da madeira e outras matérias-primas foi um dos objectivos principais das fracções beligerantes, proporcionando os meios para a continuação dos conflitos. De igual forma se pode comentar a persistência dos conflitos tanto na Libéria, como na Serra Leoa, dificultando o processo de paz.

Para além das causas mais gerais e supra enumeradas, existem vários outros factores que são importantes na apreciação dos conflitos africanos e de impacto nas sub-regiões:

Na África Central trata-se da concorrência pelos escassos recursos de terra e água em zonas com grandes densidade populacionais. Em Ruanda, por exemplo, existem situações em que várias famílias reivindicam o direito sobre a mesma parcela de terra. As mesmas situações se verificam em algumas comunidades africanas de onde se extrai o petróleo, e cujos conflitos têm origem em reclamações a nível local, quer devido a insuficiência da obtenção de recursos, quer devido a degradação excessiva do meio ambiente, provocada pelo processo da obtenção dos mesmos.

Em contraste, na África setentrional, as tensões entre as formas diametralmente opostas de se entender a sociedade e o Estado são graves causas de conflitos reais e potenciais em alguns Estados.

A presença de elementos estranhos, em diversos momentos e, com particular acutilância, em áreas de predominância de recursos naturais de elevado valor, encontrando-se neste grupo o diamante, tem por efeito alimentar, de forma directa e/ou indirecta, os conflitos em África. Neste aspecto, existe uma estreita relação de cumplicidade entre os diversos elementos ou actores em presença, tanto da parte dos governantes ao utilizar o dinheiro, decorrente do produto da venda desses recursos, para aumentar as actividades militares, no país como no estrangeiro. De igual modo, os grupos rebeldes pilham os campos petrolíferos e as minas ou pré disponibilizam esses recursos a empresas estrangeiras para a exploração, com concessões de direitos, através dos designados *"contratos a termo sobre os espólios"*[7].

A segurança militar privada, para proteger as actividades de determinadas sociedades estrangeiras, não raras vezes, promovem incursões operacionais que colidem com as normas do direitos internacional dos direitos humanos,

---

7 "Les Raisons", ob. cit., p. 23.

com acentuadas repercussões nas comunidades circundantes, provocando reacções de retaliação violenta e de consequências a longo termo.

Outras sociedades alimentam, de forma directa, os conflitos, disponibilizando somas importantes aos governantes opressivos ou aos senhores da guerra, incluindo facilidades para aquisição do armamento; outras, ainda, exercendo pressão sobre as populações para abandonarem as suas terras, numa frontal violação e desrespeito das normas do direito internacional.

V. AS NOVAS AMEAÇAS E RISCOS GLOBAIS

Os desafios contemporâneos, que se colocam à comunidade internacional, continuam a merecer atenção cuidada, quando se tem em presença a situação africana: O terrorismo, o narcotráfico e o crime organizado, a imigração ilegal, o tráfico de armas ligeiras e de pequeno calibre, além de outros crimes conexos, constituem ameaças e riscos potenciais, não só para o desenvolvimento e estabilidade internacional, como também para o continente africano.

Aliás, apesar dos sinais encorajadores, decorrentes da revitalização das organizações regionais e sub-regionais, a realização de referendos eleitorais, a transição democrática e a alternância pacífica do poder, em alguns casos, África Ocidental e Central continuam sendo uma região delicada e volátil dentro do cenário mundial, confrontando-se com duras condições económicas e sociais, uma corrupção generalizada, cenários de conflitos presentes e passados, fronteiras permeáveis, governos nacionais ineficazes e uma crescente cultura de impunidade, factos que alimentam o desenvolvimento de práticas delitivas, com relevância para a delinquência internacional.

As costas e os portos de África Ocidental converteram-se no centro do tráfico transatlântico da cocaína e outras drogas duras, incluindo a heroína, proveniente do *Golden* Crescent[8], transportadas por mar e direccionadas para os países da Europa ocidental e Estados Unidos da América, através de redes de delinquência internacional, com a utilização de portadores humanos, dotados de falsos passaportes e vistos ilegais, incluindo turistas que deambulam pelas paragens acolhedoras africanas.

---

8 Antonio L. Mazzitelli, "El desafio de las drogas, el crimen organizado y el terrorismo en África Occidental y Central", ARI nº 43, de 20 de abril 2004, p. 1.

Encontram-se neste roteiro os territórios arquipélagos, cuja configuração geofísica facilita a fuga de controlo, pela descontinuidade territorial, a grande extensão do espaço marítimo e a proliferação de portos e enseadas naturais, situação que se complica com a limitação da capacidade de vigilância e perseguição dos contrafactores.

O fenómeno ilegal da emigração tem assumido uma proporção elevada, nos últimos tempos, motivada pela complexidade dos problemas que se colocam aos países africanos a sul do Sahara e que derivam do subdesenvolvimento e a persistente instabilidade regionais, constituindo potencial risco à segurança regional e internacional, pela eventual conexão com a delinquência internacional, o narcotráfico e o terrorismo internacional.

Utilizando as mesmas rotas marítimas do narcotráfico, a movimentação massiva de pessoas processa-se sob controlo de bandos organizados, para cujo efeito, recorre-se a pirogas e outros tipos de embarcações rudimentares, com fraca capacidade de navegação e desprovidas de meios de comunicação, debandam-se em direcção às Ilhas Canárias, como entreposto para a entrada na Europa, contrariamente às rotas anteriores, via terrestre, com a travessia do deserto do Sahara, em direcção ao Mediterrâneo, para se alcançar os países do Sul da Europa, através de Gibraltar

Um grande obstáculo, para a erradicação dos conflitos internos na subregião africana, trata-se da existência de enorme quantidade de armas ligeiras que, de conformidade com vários estudos sobre a matéria, oscila entre os quatro a oito milhões de exemplares.

Só os serviços aduaneiros da Nigéria conseguiram interceptar, nos seus postos fronteiriços, armas de pequeno calibre e munições num valor superior aos 30 milhões de dólares[9], durante um período de seis meses, nos inícios deste milénio, enquanto o governo nigeriano anunciava que, em 2004 havia interceptado mais de 157.000 armas ilegais.

Também, as milícias civis, formadas por inexperientes e indisciplinados combatentes, que deambulam por todos os sectores da África Ocidental e Central, ao mesmo tempo fazem circular armas recicladas e de pequeno calibre, assim transitam de conflito em conflito, enquanto que as forças militares estatais e paramilitares compram, com suma facilidade, a lealdade dessas milícias, repartindo em troca peças de fardamento, dinheiro e outros utensílios, como tem acontecido na Libéria, Serra Leoa, República Democrática do Congo e Costa de Marfim.

---

[9] In A. L. Mazzitelli, ob. cit.

Estes fenómenos, se assim os entendermos como tais, constituem ameaças e riscos permanentes à estabilidade, à paz e segurança regional africana, encontrando-se subjacentes às violações graves das normas humanitárias, com destaque para:

1. O Genocídio de Ruanda, em que a comunidade internacional foi confrontada com a barbárie da primavera de 1994: 800.000 pessoas assassinadas, no centro da África, num dos mais cruéis crimes da história, além das 250.000 mulheres, violadas, durante o genocídio, das quais grande parte teria sido executada, imediatamente, depois; entre os sobreviventes, calcula-se que umas 15.000 ficaram engravidadas, das quais mais de 70% são hoje seropositivas, de conformidade com estudos da "Save the Children"[10].

2. Os acontecimentos de Darfur, cujo resultado dos conflitos, saldou em mais de dois milhões de deslocados, provocando uma desestabilização nos Estados vizinhos com a movimentação dos refugiados: só o Chade recebeu, aproximadamente, 250 mil refugiados. Em quatro anos, o conflito terá causado mais de 400 mil mortes[11]. As equipes humanitárias das Nações Unidas e de organizações não-governamentais (ONG's) tiveram de mudar 31 vezes a localização de suas bases para escapar à violência. Mesmo assim muitos de seus agentes foram presos pela polícia sudanesa e espancados, tendo sido mortos doze trabalhadores humanitários, ao longo dos massacres e outros tantos desaparecidos.

   As operações de assistência humanitária em Darfur foram gravemente obstaculizadas por problemas de segurança e restrições de acesso, com impacto na segurança alimentar e nutricional das populações civis, afectadas pelo descalabro do conflito, escasseando recursos financeiros adicionais para manter o nível de equilíbrio de assistências actuais.

   Graças à pressão da comunidade internacional, através de mecanismos adequados, as autoridades sudanesas acabaram por aceitar, "sem condições", o desdobramento duma força conjunta da ONU e da União Africana (UA), composta por 23 mil soldados em Darfur.

   O ministro sudanês dos Negócios Estrangeiros, Lam Akol[12], reafirmou o engajamento do seu país em velar pelo respeito do acordo assinado

---

10 BERGER, Jean-François, "En espera del veredicto", *Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja e de la Media Luna Roja* (2003), in http://www.redcross.int/ES/mag/magazine2003_1/14-15.html, in M. A. Plana, ob. cit.

11 Para informações mais alargadas, ver http:// www.diplo.uol.com.br.

12 In jornal electrónico do Governo de Cabo Verde, de 18JUN./2007.

sobre o desdobramento da força conjunta ONU-UA, sublinhando que o Presidente El-Bashir declarou claramente que "a bola está no campo das Nações Unidas".

3. Os acontecimentos da Serra Leoa, saldaram em 4,5 milhões de pessoas deslocadas, mais de 75.000 pessoas assassinadas e milhares de mutilados.

   O cenário era, efectivamente, duma catástrofe humanitária sem precedente, dos mais horrendos e abomináveis da história das guerras pós-coloniais. Os massacres eram perpetrados com decapitação dos inimigos, cujas cabeças eram, frequentemente, exibidas em estacas à imprensa; o sequestro, as violações, assassinatos massivos, as mutilações de ambas as mãos e pés, ao mesmo tempo, deixando as vítimas vivas e absolutamente inválidas, ultrapassando a cifra das 10.000 pessoas, constituíram o corolário das atrocidades dos guerrilheiros da RUF que actuavam sob os efeitos psicotrópicos, pela utilização da heroína, da cocaína e outros derivados.

4. A guerra na República Democrática do Congo, que se iniciou em 1998, protagonizada por Ruanda e Uganda, com o envolvimento dos diversos Estados ribeirinhos, saldou-se em mais de 3,5 milhões de mortos, um número incalculável de deslocados de guerra, refugiados, estropiados ou gravemente mutilados, caracterizante da dramática situação humanitária, facto que levou a intervenção da comunidade internacional, com o estabelecimento da MONUC, para operar em Ituri.

   Estes são os indicadores, de entre outros tantos, para ilustrar as violações cometidas e que, pela sua gravidade, não podem quedar-se à margem da aplicação do Direito Internacional que regula tais violações.

VI. DIVERSIDADES DE INSTRUMENTOS APLICÁVEIS

A debilidade dos Estados africanos, que se manifesta pela limitação de capacidades para fazer frente às ameaças e riscos já referenciados, anteriormente, converte o continente num cenário perfeito para a proliferação e protecção de grupos terroristas, o narcotráfico e a produção de outros fenómenos que concorrem para minar a estabilidade regional e internacional.

Nestas circunstâncias e no quadro geral da prevenção de tais fenómenos estratégicos, pela garantia da paz e desenvolvimento humano, encontram-se

na linha de frente deste combate, diversas Instituições internacionais, Estados e Governos, ONG's que, numa coordenação de esforços, promovam iniciativas, instrumentos e mecanismos diversificados para a criação de capacidades credíveis, como forma de garantir o estabelecimento de fundamentos sustentáveis para o desenvolvimento, a estabilidade e a segurança humana.

➢ Na vanguarda desses propósitos encontra-se a ONU, enquanto principal depositária dos interesses da comunidade internacional pela aplicabilidade das normas do direito, derivadas de tratados e/ou convenções internacionais, em situação de conflito armado, pela reposição do *status quo* violentado e pela garantia do pleno exercício da cidadania.

Para atingir esse objectivo, na Carta das Nações Unidas estabelecem-se distintos mecanismos que se recolhem nos Capítulos VI (dois ou mais Estados se enfrentam por um determinado contencioso, deverão buscar, através de todos os meios ao seu alcance, a resolução pacífica do mesmo, mediante implementação de processos de negociação, arbitragem, acordos judiciais, conciliação ou qualquer outro mecanismo pacífico de sua eleição**)**, VII (sobre as condições que regulam o uso da força para pôr fim a um conflito, definindo o que se deve entender por ameaça à paz e à segurança internacionais, assim como o emprego de métodos de resolução do conflito que implicam um elevado grau de ingerência**)** e VIII (trata do papel e funções das organizações regionais na manutenção da paz e segurança internacionais**)**.

Tais iniciativas, direccionadas para a solução dos múltiplos e complexos problemas humanitários que se colocam à comunidade internacional, particularmente no continente africano, derivados das complexas motivações, atrás apontadas, e/ou por outros motivos subjacentes às condições estruturais, fuindamentam-se não só na mobilização de recursos a nível internacional, como também, na aplicação de um conjunto de instrumentos estabelecidos pela Carta das Nações Unidas.

Desses instrumentos, destacam-se a gestão diplomática e as negociações, a mediação, os bons ofícios, as missões de determinação dos factos e a resolução judicial, incluindo a constituição de "FMP" - Forças das Nações Unidas para a manutenção da paz[13], com objectivo e propósito de facilitar o diálogo, atenuar as tenções, promover a reconciliação nacional, fomentar o respeito pelos direitos humanos e institucionalizar a paz.

---

[13] Umesh Palwankar, "Aplicabilité du droit international humanitaire aux Forces dês Nations Unies pour la maintien de la paix", p. 245, in Extrait de Revue Internationale de la Croix-Rouge, Mai-Juin, 1993.

➢ O continente africano figura, desde 2003, na agenda quotidiana da política estrangeira e de segurança da União Europeia. Foi através da operação Artemis, na República Democrática do Congo, que as crises africanas acabaram por se enquadrar no âmbito das acções privilegiadas da PESD.

Efectivamente, a relação entre a paz, a estabilidade, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos do homem, o Estado de direito, os princípios democráticos e a boa gestão dos negócios públicos reforçaram-se, no quadro de políticas de cooperação e de desenvolvimento da UE, com relação a África, tendo por fundamentação os acordos bilaterais e multilaterais rubricados com os países africanos.

Esses acordos inscrevem-se, no essencial, no quadro do acordo de Cotonou e repousa sobre três pilares fundamentais: o diálogo político, a cooperação comercial e económica e a ajuda ao desenvolvimento.

Dois instrumentos importantes se destacam, na política da UE, com relação à sua intervenção no continente africano, como forma de monitorar os conflitos, pela garantia da segurança: a nova PESC e a cooperação, no âmbito do conceito estratégico comum para uma "Europa segura num mundo melhor"[14], partindo do postulado que a UE, tendo o dever de compartilhar a responsabilidade da segurança no mundo, deverá desempenhar um papel importante na África sub-sahariana, por uma política de prevenção, de gestão e resolução de conflitos.

As razões, que conduziram a UE a considerar o seu papel e a sua responsabilidade na prevenção dos conflitos na África sub-sahariana, são numerosas, de entre as quais se destacam os argumentos humanitários e morais, com um peso inquestionável.

África ocupa um lugar particular no campo das relações exteriores da UE, sua parceira mais importante nos planos histórico, político, económico e humanitário, compartilhando o mesmo destino, com uma relação privilegiada constitutiva da sua identidade nas suas relações com o mundo e com os países em desenvolvimento

A UE aparece como o mais forte apoiante da UA e dos seus projectos de integração regional sobre o continente, sendo uma parte substancial do FED, tradicionalmente, consagrada ao desenvolvimento.

---

14 Javier Solana, "Une Europe sûre dans un monde meilleur", Conceil européen de Thessalonique, 20 Juin 2003, in Roland Sourd, ob. cit., p. 7.

Ela (UE) mantém um diálogo político, permanente, de concertação e coordenação com as diferentes organizações sub-regionais africanas, como a SADC; com a CEDEAO, apoiando as forças da ECOMOG, financiando o mecanismo de prevenção, gestão e regulação dos conflitos, da manutenção da paz e da segurança na sub-região, assim como outros esforços conexos em matéria de paz e reforço das capacidades dos Estados da CEDEAO, no controlo da proliferação ilícita de armamento ligeiro e de pequeno calibre.

VII. INICIATIVAS BILATERAIS PELO REFORÇO DE CAPACIDADES

Após à descolonização, os Estados africanos têm sido contemplados com diversos programas de apoio, por parte das antigas potências colonizadoras e não só, no âmbito de iniciativas bilaterais para o reforço das capacidades nacionais e regionais que permitam a gestão de crises e garantia da estabilidade.

Encontram-se envolvidos nesse conjunto de iniciativas vários Estados, a maioria dos quais membro da União Europeia e que mereceram destaque nas páginas deste trabalho de investigação, pelo excelência de intervenção nas complexas questões africanas, pela salvaguarda da estabilidade e da paz, pelo desenvolvimento e observância da aplicação de mecanismos que garantam a viabilidade do Estado de Direito.

Estes Estados são, obedecendo a ordem alfabética: Estados Unidos da América, França, o Reino de Espanha, Reino Unido e a República Popular da China.

Dos países referenciados é de se destacar o *modus operandi* do Reino de Espanha, pela forma inteligente como direcciona a sua política de cooperação e de assistência humanitária em África e, em particular, na sub-região ocidental.

O Reino de Espanha ocupa uma posição estratégica de elevada importância, com relação ao espaço geopolítico africano, tanto pelo seu passado histórico-cultural como, também, pelo facto de integrar o espaço macarronésio, através das Ilhas Canárias, factores que facilitam o domínio da complexidade dos problemas africanos e a definição da política de multilateralismo eficaz, com relação à África, fundamentada na vocação solidária da sociedade espanhola e outros indicadores de interesse estratégico.

A Espanha pretende, na continuidade, desempenhar um papel mais relevante na gestão dos desafios globais, de acordo com o seu peso específico na comunidade internacional, pelo incremento substancial, tanto quantitativo como qualitativo, da ajuda ao desenvolvimento, com especial atenção para os países menos avançados da África sub-sahariana, com uma apreciável comparticipação financeira, no âmbito do "Plano África"[15], que ultrapassa os anteriores investimentos e consiga superar os 120 milhões em 2008.

O "Plano África" vem acoplar-se às demais importantes iniciativas relacionadas com o continente africano, de entre as quais se destacam a Estratégia adoptada pela Comissão Europeia, em Dezembro de 2005, a Comissão para Africa implementada pelo Primeiro Ministro britânico, o PA-G8 Plano de Acção do Grupo dos Oito ou a nova política africana da China.

Para a materialização do plano, os países contemplados foram agrupados em quatro categorias de interesse:

- Países de interesse prioritário,
- Países de interesse prioritário, que se caracterizam pela origem ou trânsito da imigração irregular, potencialidades económicas, pesqueira e turísticas ou, ainda, pela existência de relações intensas de carácter histórico, cultural ou de cooperação.
- Países de acompanhamento especial, pela sua potencialidade a médio prazo e situação de instabilidade que supõe um risco para a paz e segurança regionais
  - Do "Plano África", destacam-se os seguintes objectivos, fundamentais:
  - Promoção da democracia, o respeito pelos direitos humanos, a paz e segurança na África.
  - Luta contra a pobreza e contribuição na Agência de Desenvolvimento para Africa Sub-sahariana.
  - Fomento da cooperação para a regulação do fluxo migratório, através de mecanismos de controlo a imigração ilegal, o tráfico ilegal de pessoas, implementação de acordos de cooperação migratória com os países de origem.

[15] In "Plan África" 2006-2008, Ministério de Assuntos Exteriores e de Cooperação de Espanha.

- Participação activa no desenvolvimento de estratégia da União Europeia para África, maior envolvimento nas políticas da União Europeia relacionadas com África, no âmbito da paz e segurança, através da Facilidade da Paz da União Europeia e do Fundo Económico de Desenvolvimento.
- Promoção de intercâmbio comercial, inversão, pesca e participação de empresas espanholas na exploração de recursos hidrocarbonetos.
- Reforço da cooperação cultural e científica.

VIII. INICIATIVAS MULTILATERAIS

Paralelamente às iniciativas direccionadas para o reforço das capacidades africanas para a gestão de situações de conflitos, existem outras iniciativas, no âmbito de políticas gerais e que integram cada vez mais uma dimensão de paz e segurança, fundamentalmente, sobre a prevenção dos conflitos, através da aplicação de instrumentos especificamente concebidos para prevenir os conflitos e consolidar a paz.

Enquadram-se nestas iniciativas multilaterais, diversas Instituições e Organizações Internacionais, de reconhecida idoneidade, algumas delas com peso na definição de políticas e tomada de decisões sobre questões humanitárias, de impacto nas relações internacionais, em benefício da paz e segurança internacionais.

Encontram-se nesse rol de Organizações: a *Organização para a Segurança e Cooperação na Europa,* o *Banco Mundial,* a *Commonwealth,* a Organisation Internationale de la Francophonie[16], a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa[17], a *Organisation de Coopération et de Développement Économiques,* e o G-8 que, na sequência da Cimeira de Junho de 2003, em Evian/França, se disponibilizou para o estabelecimento, formação e equipamento, até 2010, de brigadas africanas de alerta, sob a direcção da UA e organizações sub-regionais africanas, para as operações de manutenção e imposição da paz.

---

16 A OIF foi criada em 1970, enquanto acordo informal e institucionalizada em 1986, como organização.

17 Comunidade dos países de língua portuguesa, criada em 1996, inclui os seguintes países: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, S. Tomé e Príncipe e Timor-Leste.

➢ A UNIÃO AFRICANA, apesar de se tratar duma Organização regional, pela *interface* com as demais Organizações e Instituições internacionais, anteriormente, referidas e que concorrem para a criação e reforço de capacidades africanas para a gestão de crises e outros fenómenos que assolam o continente.

Precedente da anterior organização, criada em 1963 e conhecida por OUA, a União Africana foi criada em Julho de 2002, reforçando a tendência para uma cooperação e um engajamento pan-africanos acrescidos, para fazer face aos problemas ligados aos conflitos no continente e desenvolver capacidades africanas, tendo vista a sua resolução.

Constituem principais instrumentos da União Africana:

➢ NEPAD - Nova Parceria para o Desenvolvimento da África

Constituem prioridades do NEPAD, enquanto Mecanismo africano de avaliação: a paz e a segurança, condições essenciais para um desenvolvimento rápido e sustentável, e compreende o reforço das capacidades em matéria de alerta rápida e de prevenção, de gestão e resolução dos conflitos; reforçar as instituições existentes e encarregadas dessas questões e implementar outros programas relativos à paz; a promoção da boa gestão dos assuntos públicos, considerada como instrumento que permita combater as causa profundas dos conflitos.

➢ CEDEAO - primeira organização sub-regional africana de gestão de crises na África Ocidental; desempenha um papel mais activo e determinante nas vertentes diplomática e militar, implementando missões de paz da mais elevada envergadura que nenhuma outra organização regional ou sub-regional em África, dando prova da sua determinação na luta contra situações de conflito na região e fazer a sua gestão.

➢ SADC - Comunidade de Desenvolvimento da África Austral, criada em 1992, tem uma história muito particular, por ter surgido da Conferência de Coordenação do Desenvolvimento da África Austral - CCDAA, estabelecido em 1980 pelos países da Linha de Frente[18] e o Zimbabué.

A CCDAA tinha por objectivo reduzir a dependência do regime de apartheid da África do Sul e apoiar a luta da Namíbia para a sua independência e, na sua origem, tratava-se duma organização de natureza, essencialmente, política.

---

[18] Na sua origem, os países da Linha de Frente eram Angola, Botswana, Moçambique, Tanzânia e Zâmbia. Este grupo viria a ser dissolvido em Julho de 1994, pouco tempo antes da adesão da África do Sul à SADC; em agosto de 1994.

Além dos instrumentos identificados, a União Africana, contará com outros elementos importantes, no quadro das iniciativas para a prevenção e gestão de conflitos: tratam-se dos Estados ribeirinhos aos espaços de conflitos.

Neste sentido, a experiência africana demonstra quão importante o papel desempenhado pelos Estados vizinhos, nas primeiras etapas das crises, adoptando um enfoque comum, de forma a direccionar todos os esforços para o diálogo entre as diversas partes em conflito e o saneamento da conflitualidade.

IX. IMPLICAÇÕES HUMANITÁRIAS DOS CONFLITOS ARMADOS

Os nefastos efeitos humanitários, dos conflitos armados em Africa, derivam, directamente, da proliferação de actores em presença, da desorganização que caracteriza os diversificados grupos de guerrilheiros que se recorrem aos mais diferenciados meios, para a legitimação dos seus propósitos, cometendo actos de vandalismo, ajuste de contas, massacres, decapitações e outras horrorosas acções contra a população civil inocente, vítima fundamental das confrontações.

Em detarminadas circunstâncias e com o agravamento da situação, a população civil para a representar um excelente alvo e objectivo primordial para cada facção ou grupo, que procura fazer prevalecer o seu domínio num determinado espaço vital. Assim, nos diferentes tipos de conflitos que assolam o continente africano, é mister deparar-se com problemas humanitários de índole diversificado.

Tais situações de intolerância condicionam e/ou impossibilitam a acção humanitária, provocando deslocações massivas das populações, com as graves consequências, de todos conhecidos e que nunca é demais apontar, como por exemplo, a desagregação de famílias, a exclusão social, a perda do *status quo*, a implosão das estruturas do Estado, etc.

Este cenário coloca questões de aplicabilidade e/ou da aplicação do Direito Internacional Humanitário ou seja o de se definir, em primeiro lugar, se as facções em presença constituem partes *no conflito* e, por outro lado, o de determinar se as hostilidades entre essas facções são de uma intensidade e características de um *conflito armado*.

Os instrumentos do Direito Internacional Humanitário aplicáveis aos conflitos armados, nomeadamente, as quatro Convenções de Genebra de 1949 e

seus respectivos Protocolos Adicionais de 1977, jogam um papel mais importante, porque estes instrumentos ligam não apenas os Estados, mas, igualmente, as entidades não estatais, como insurgentes, assim como as facções armadas participantes das

As páginas da história recente dos conflitos armados em África registam momentos de violentas atrocidades, protagonizadas por actores de origens e matizes dos mais diversificados, provocando pânico e desorganização incontroláveis, no seio das comunidades, insurgindo-se contra todas as regras da convivência humana, arrastando para à morte centenas de milhares de civis inocentes, numa autêntica carnificina, traduzida em massacres, genocídios, limpeza étnica, para além de incontável número de deslocados, refugiados, mutilados, etc.

Esses actos, reprimidos pelas regras que integram o Direito Internacional Humanitário, merecem a repulsa e reprovação da opinião pública internacional, que implementou iniciativas diplomáticas para a criação de uma instância judicial, de conformidade com os propósitos humanitários definidos sob a égide do CICR - Comité Internacional da Cruz Vermelha, para julgar todos os prevaricadores.

A violação das normas do direito dos conflitos armados integra a chamada delinquência ou criminalidade de guerra, concebido como delitos internacionais, pela sua conexão com o facto bélico. Ainda, antes da primeira guerra mundial ou sociedade internacional inorgânica, a repressão dos delitos era puramente nacional, por imposição do direito das gentes ou consuetudinário, época em que a ordem jurídica internacional carecia de tribunal de procedimento e de coercibilidade material.

Por isso as violações do direito internacional humanitário não constituem fenómeno recente. A ideia da criação de uma instituição internacional, encarregada de reprimir tais violações, pertnce a Gustave Moynier, um dos correligionários de Henry Dunant fundador do CICR[19].

A conjugação dos grandes acontecimentos bélicos, que abalaram a humanidade, desde a primeira e a segunda guerras mundiais até às recentes constatações, como as de Camboja, Somália ou Ruanda, acabaram por evidenciar o carácter fortemente desejável do reconhecimento duma competência universal para a repressão das violações graves do Direito Internacional aplicável aos conflitos armados. Assim, no decorrer dos tempos, foram criados os seguintes Tribunais:

---

19 Pierre Boissier, "Histoire du Comité International de la Croix Rouge - De Solférino à Tsoushima", Institut Henry-Dunant, 1978, pp. 261-289.

- O primeiro cria-se, com o término da primeira guerra mundial, para julgar, de conformidade com o Tratado de Versalhes, Kaiser Guilherme II, responsabilizando, pela primeira vez, um Chefe de Estado pelo rompimento ou violação da paz;
- Imediatamente, após a segunda guerra mundial, criaram-se os Tribunais de Militares de Noremberg, totalmente integrados por representantes das potências vencedoras (Estados Unidos, URSS, Reino Unido e França) e o do Extremo Oriente[20], este com sede em Tokyo, para julgar os reponsáveis pelo desencadear da segunda guerra mundial e pelos crimes cometidos contra a paz, ou seja a programação, a preparação, o início ou a condução de uma guerra de agressão ou de uma guerra que supõe a violação de tratados, acordos ou garantias internacionais.

Estes dois últimos Tribunais, de conformidade com a respectiva composição, são considerados como sendo uma instância das potências vencedoras da segunda guerra mundial e, por consequência, à margem dos princípios de independência e imparcialidade.

Com o fim da bipolarização das relações internacionais e dos conflitos para a hegemonia, assiste-se uma revitalização do papel da ONU e, concretamente do Conselho de Segurança, assumindo maior protagonismo na gestão internacional dos conflitos, facto que viria, em conjugação com outras circunstâncias, a impulsionar a criação de Tribunais Internacionais de natureza diferenciada. Assim, com os acontecimentos da Jugoslávia e de Ruanda, aos quais se seguiram, os mais recentes, de Darfur no Sudão, da Libéria, da Serra Leoa, criaram-se Tribunais Internacionais competentes para atender os crimes cometidos nesses Estados.

X. PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM ÁFRICA

A História registou, nos últimos tempos, o deflagrar dos mais violentos conflitos armados ocorridos no continente africano, perdurando por largos anos e cuja intensidade e número de actores em presença, concorreram de-

[20] Criado pela "Declaração do General Douglas Mac Artur, de 19 de Janeiro de 1946, aceite pelo Japão nas actas de rendição e capitulação, de 14 de agosto e 2 de Setembro de 1945". Diferenciava-se do de Noremberg do ponto de viosta funcional e organizacional, pois compunha-se de 11 elementos (Estados) e previu-se recurso para o Supremo Tribunal dos USA.

cisivamente para uma profunda degradação do *modus vivendi* das diferentes populações das mais diversas áreas da sub-região, com impacto profundo e através de gerações vindouras.

Neste cenário da extrema violência, as partes envolvidas socorreram-se ao recurso e aplicação, de forma indiscriminada, de meios e métodos de combate, contrariando todas as regras humanitárias e afins, com cometimento de actos considerados crimes de guerra e contra a humanidade, arrolados nas páginas anteriores.

Neste sentido, tornava-se imperiosa a implementação de iniciativas, que culminassem com a identificação e apresentação dos envolvidos junto de instâncias judiciais competentes, para a determinação da respectiva responsabilidade.

Neste sentido, foram estabelecidos, pela comunidade internacional, os seguintes Tribunais, para julgar os responsáveis pelas violações do Direito Internacional Humanitário, por considerar que a comissão de genocídio e outras violações sistemáticas, generalizadas e manifestas, constituiu uma situação que continua sendo uma ameaça à paz e à segurança internacionais:

1. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE RUANDA, criado pelo Conselho de Segurança da ONU, através da sua Resolução 955, de 8 de Novembro de 1994, na sua 3453ª. Sessão, encarregado para julgar os presumíveis responsáveis de tais actos ou violações cometidas, a partir de 1 de Janeiro até 31 de Dezembro de 1994, no território nacional ruandês e no dos Estados vizinhos[21], como forma de contribuir para o processo da reconciliação nacional e o restabelecimento e manutenção da paz;

Não obstante, o Estatuto do TPIR salvaguarda duas situações concretas, ou sejam:

Em primeiro lugar, trata-se do princípio da concorrência jurisdicional que não exclui o exercício de competências consagradas aos tribunais nacionais ruandeses, de conformidade com as leis e procedimentos nacionais pertinentes;

Em segundo lugar, com base no princípio da *cosa julgada* e tendo em presença a primazia do TPIR com relação aos tribunais nacionais, uma pessoa

---

21 "Revista Geral do Direito Internacional Público", vol. 98, 1994, p. 1066, in Djiena Wembou, "Le Tribunal penal international pour Rwanda - Rôle de la Cour dans la réalité africaine", Revue Internationale de la Croix Rouge, nov.-nec. 1997, nº 828, p. 731.

não será julgada duas vezes pelo mesmo delito ou seja, uma pessoa pronunciada pelo TPIR não poderá submeter-se a um juízo ulterior, perante o tribunal nacional, pelo mesmo crime.

No entanto, em termos de excepção, na aplicação rigorosa do "*non bis in idem*", poderá acontecer um julgamento ulterior, junto do TPIR, quando a qualificação do acto pelo tribunal nacional não corresponda à sua tipificação do ordenamento estatutário, ou seja, quando o acto tenha sido considerado, em sede jurisdicional nacional, "delito ordinário" e não como violação grave do direito internacional humanitário.

Por sucessivas Leis Orgânicas nºs. 40/2000, 16/2004[22], de 19 de Junho, e 28/2006, de 27 de Junho, o Parlamento ruandês criou os denominados tribunais "Gacaca"[23] para o julgamento rápido dos responsáveis, mediante aplicação duma justiça tribal, expedita, baseada na tradição e nas juntas locais de vizinhos

2. O TRIBUNAL PENAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA, que resultou de um acordo assinado entre as NU e a Serra Leoa, denominado "Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone", o qual serviu de fundamento para o estabelecimento duma jurisdição mista, de âmbito nacional e internacional, facto que imprime um carácter, também, especial à composição e funcionamento do Tribunal.

---

22 Lei orgânica sobre a organização, competência e funcionamento das jurisdições Gacaca encarregadas de perseguir e julgar as infracções constitutivas de crime de genocídio e outros crimes contra a humanidade cometidos entre 1 de Outubro de 1990 e 31 de Dezembro de 1994, in http//www.inkiko-gacaca.gov.rw.

23 National Service of Gacaca Jurisdiction, página oficial ruandesa, em http://www.inkiko-gacaca.gov.rw; "GACACA", que no dialecto kinyaruanda, significa "sobre a erva", é um sistema judicial que serviu, durante muito tempo, para a mediação familiar nas colinas de Ruanda e para conflitos familiares. À volta dos sábios da colina, os vizinhos reuniam-se para escutar com atenção os diferendos (disputas familiares, lutas, roubos, não restituição de objectos emprestados, insultos, injúrias, calúnias, etc.) entre membros da mesma família ou de famílias distintas. No final das diferentes explicações e testemunhos, tomavam-se mediadas de aproximação para reconciliar os protagonistas, numa atmosfera de sabedoria e justiça equitativa. Este sistema foi adaptado para ser aplicado a todos os imputados pelo genocídio de 1994, excepto os líderes e os organizadores da violência que continuariam a ser processados pela jurisdição penal ordinária. Para mais informação, ver SIMON, Jean-Michel, "Violencia masiva patrocinada por el Estado. Responsabilidad criminal y reconciliación", *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, nº 112, em http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art7.htm#N35.

De conformidade com o artigo 1°. do *Agreement*, o TPESL tem por propósito julgar as pessoas que têm elevadas responsabilidades pelas violações graves do DIH e do Direito da Serra Leoa cometidas no território deste Estado, a partir de 30 de Novembro de 1996, funcionando de conforme os preceitos estabelecidos nos respectivos Estatutos.

O início das actividades do Tribunal, em 1995, provocou um profundo debate no seio de universitários e líderes políticos africanos sobre o Direito Humanitário, com realização de colóquios e outros eventos importantes, com enfoque sobre as fontes deste direito, as regras aplicáveis pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda, acerca das relações entre esta instituição judicial e o Estado, e sobre o conteúdo das Convenções de Genebra e seus Protocolos adicionais de 1977.

Por iniciativa dos Serviços Consultivos do CICR, promoveram-se, no continente africano, diversos seminários nacionais sobre a materialização do Direito Internacional Humanitário, com larga participação de líderes políticos africanos, oficiais das Forças Armadas, funcionários e a própria sociedade civil, manifestando interesse em se informar acerca das regras humanitárias e afins

Como disse S Meron, *peu importe le nombre total de cas d'atrocités que ces Tribunaux internationaux auront en fait à connaître, leur seule existence envoie un puissant message. Leur Statut, leur Règlement de procédure et de preuve, de même que leur pratique, stimulent le développement du droit*[24].

No caso africano, o ano de 2006 constitui uma referência histórica, pelas iniciativas imprimidas em África, para que certos dirigentes e chefes de rebeldes, acusados pelos actos de tortura, mortes, violações e outros crimes graves contra a humanidade, respondam e sejam sentenciados perante justiça criminal. Neste sentido, destaca-se o papel desempenhado pelas autoridades nigerianas, ao procederem a detenção do então Presidente da Libéria, Charles Taylor, e a sua entrega à autoridade judicial do Tribunal Especial de Serra Leoa.

Poucos meses depois, seria o Senegal a anunciar a sua intenção de julgar o antigo Presidente do Chade, Hissène Habré, culpado pela morte de mais de 40.000 pessoas e pelo recurso generalizado da tortura contra os seus oposito-

---

24 Theodor Menon, "The International Criminalization of internal atrocities", American Journal of International Law, vol. 89, 1995, p. 555, in Chris Maina Peter, "Le Tribunal pénal international pour le Rwanda: obliger les tueurs à rendre compte de leurs actes", Revue Internationale de la Croix-Rouge, n° 828, 1997, p. 741.

res políticos, durante os seus oito anos de poder tendo a comissão governamental de inquérito recomendado que o mesmo comparecesse perante um tribunal chadiano, o que não aconteceria, pela escusa das autoridades para instruir o dossier, por duas razões: pelo receio de manifestações violentas dos apoiantes de H. Habré e medo de não corresponder às normas internacionais dum processo equitativo.

X. CONCLUSÃO

Após esta caminhada, pelas entranhas do continente africano, deparamonos com uma complexidade de questões, que se colocam não só às comunidades africanas, como também, à solidária comunidade internacional, na perspectiva de se encontrar os instrumentos e mecanismos mais apropriados, para travar, de vez e definitivamente, os atropelos às normas de convivência humana e que se traduzem pela aplica do Direito Internacional Humanitário.

O Homem africano vive num espaço de ambiguidades, localizado entre:

1. Um espaço que se caracteriza pela imensidão de riquezas, ou seja:
   - O subsolo africano conta com 9% da reserva mundial de petróleo -100.000 milhões de baris, com umas características geológicas extraordinárias;
   - Conta com 90% da reserva mundial de cobalto, 90% de platina, 40% de ouro, 98% de cromo, 64% de magnésio e um terço das reservas de urânio[25];
   - Por exemplo, o Golfo da Guiné produz, na actualidade, mais de 15% de ouro negro que os Estados Unidos consumem ou seja, o Golfo da Guiné abastecerá 25% do consumo dos Estado Unidos em 2015;
   - A República Democrática do Congo, que se situa no coração da África, é o mais rico país do continente quanto a recursos naturais, contando com 30% da reserva mundial do cobalto, 10% do cobre, além do ouro, urânio e, o mais importante, petróleo. Além disso, por seu território passa o Rio Congo, comparável ao rio Amazonas e que contém 40-50% das reservas de água do continente, e por conseguin-

---

25 Maria Castro, «África: el legado imperialista de guerras, miséria y horror», p. 3, in www.rebeleon.org.

te, a central hidroeléctrica de Inga poderia fornecer electricidade a toda região do corno Sul da África.

2. Do outro lado, encontramos:

- As guerras, os massacres, golpes de Estado, ditaduras e crises políticas e sociais, aos quais se deve juntar outros indicadores que, no seu todo, constituem o maior entrave para a materialização de qualquer iniciativa programada e que visa a superação dos obstáculos que se colocam, tais como:
- A já complicada situação económica, com a sua profunda repercussão na elevação do índice da pobreza,
- As crises sanitárias: o paludismo mata de 1 a 2 milhões de pessoas por ano, e o HIV/SIDA muito mais e que, por falta de meios, não podem ser erradicados, contando com 71% de pessoas afectadas só na África a sul do Sahara, correspondentes a 24,5 milhões de pessoas adultas e crianças[26].
- A má administração, a corrupção, a exclusão, o nepotismo, a intolerância, a má governação, a falta ou ausência de transparência na gestão da coisa pública, ausência dum sistema judicial independente, processos eleitorais fraudulentos, etc., etc.

Este cenário de ambiguidades, que caracteriza o continente africano, contrasta, em toda sua dimensão, com a imensidão de riquezas em reservas minerais, existentes no subsolo africano, facto que constitui indicador potencial dos interesses em jogo, elemento subjacente às atrocidades que se cometem contra os direitos humanos e o direito internacional humanitário.

A alternativa a este descalabro humanitário reclama a introdução do princípio da alternância democrática, através da realização de eleições livres e justas, sob os auspícios da comunidade internacional, a tolerância e o respeito pela diferença de opinião, a liberdade de imprensa, a transparência na gestão da coisa pública, a independência da justiça, a observação e o respeito dos direitos fundamentais, a livre circulação e a participação da população na tomada de decisões.

Não obstante, no que se refere à aplicação das normas penais pela comissão de violações graves contra a humanidade, os direitos do homem e do direito internacional humanitário, torna-se imperativo a harmonização das normas

---

[26] Ignacio Ramonet, “Manière de voir - Résistances africaines”, www.diplo.uol.com.br.

judiciais nacionais e internacionais sobre a matéria, de forma a evitar conflitos de competência que podem desvirtuar e/ou retardar a justiça.

A experiência africana, relativamente à perseguição dos acusados pelos crimes de genocídio, incita-nos a interrogar sobre a viabilidade da existência duma instância judicial permanente, nos moldes correspondentes ao Tribunal Penal Internacional, tendo em consideração a realidade africana, com competência alargada para conhecer e decidir sobre a criminalidade, em África, de conexão internacional, incluindo a corrupção, o narcotráfico, o tráfico humano, a escravatura e outros actos degradantes da condição humana.

XI. BIBLIOGRAFIA

Antonio L. MAZZITELLI, "El desafio de las drogas, el crimen organizado y el terrorismo en África Occidental y Central", ARI nº 43, de 20 de abril 2004.

BERGER, Jean-François, "En espera del veredicto", *Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja e de la Media Luna Roja* (2003), in http://www.redcross.int/ES/mag/magazine2003_1/14-15.html.

Chris Maina PETER, "Le Tribunal pénal international pour le Rwanda: obliger les tueurs à rendre compte de leurs actes", Revue Internationale de la Croix-Rouge, nº 828, 1997.

Djiena WEMBOU, "Le Tribunal penal international pour Rwanda - Rôle de la Cour dans la réalité africaine", Revue Internationale de la Croix Rouge, nov.-dec. 1997.

EXTRAIT DE REVUE INTERNATIONALE DE LA CROIX-ROUGe, mai-juin, 1993.

Ignacio RAMONET, "Manière de voir - Résistances africaines", www.diplo.uol.com.br.

Javier SOLANA, "Une Europe sûre dans un monde meilleur", Conceil européen de Thessalonique, 20 Juin 2003, in Roland Sourd.

JORNAL "Diário de Notícias", de 9 de Maio de 2000, Lisboa/Portugal.

JORNAL ELECTRÓNICO DO GOVERNO DE CABO VERDE, de 18JUN./2007.

LES RAISONS - Rapport de la Comission pour l'Afrique".

Maj. Bem MALVAUX, "Perspectives d'Avenir des Nations Unies dans un cadre securitaire.

Maria CASTRO, «África: el legado imperialista de guerras, miséria y horror», p. 3, in www.rebeleon.org.

ONU, Doc. "Cumbre del Milénio", p. 28.

Pierre BOISSIER, "Histoire du Comité International de la Croix Rouge - De Solférino à Tsoushima", Institut Henry-Dunant, 1978.

- "Plan África" 2006-2008, Ministério de Assuntos Exteriores e de Cooperação de Espanha.
- "Relatorio do Presidente interino da União Africana sobre a reunião dos Chefes de Estado-Maior Africanos...", Adis Abeba/Etiópia, de 15 a 16 de Maio de 2003.

Roldán, FÉLIX SANZ - "Panorama de la Conflictividad Internacional" in "Panorama Estratégico 2004/2005", Instituto Español de Estudios Estrategicos, Real Instituto Elcano - Ministerio de Defensa.

Theodor MENON, "The International Criminalization of internal atrocities", American Journal of International Law, vol. 89, 1995.

Umesh PALWANKAR, "Aplicabilité du droit international humanitaire aux Forces dês Nations Unies pour la maintien de la paix".

Sites

http//www.diplo.uol.com.br;

http//www.inkiko-gacaca.gov.rw;

http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art7.htm#N35.

El Tratado de Ottawa diez años después de su entrada en vigor

Joaquín López Sánchez
Secretario del CEDIH de la Cruz Roja Española

Conocí a Gonzalo Jar allá por el año 1998, unos meses después de celebrada la Conferencia de Oslo, a la que asistió en calidad de experto, en representación de Cruz Roja Española, y de la Conferencia Ottawa en la que culminó el proceso para la aprobación y puesta a la firma de un tratado internacional que prohibiría las minas antipersona. Desde el primer momento, me cautivó su compromiso, entusiasmo y optimismo con este proceso de singular importancia para la humanidad. Gonzalo era un gran comunicador y a través de sus brillantes artículos, lecciones y conferencias en muy distintos foros contribuyó con gran eficacia a la formación, difusión y sensibilización contra esta lacra que ha tenido tan graves consecuencias para la población civil.

En este trabajo se pretende dar continuidad a los trabajos iniciados por mi amigo Gonzalo, haciendo un balance, transcurridos diez años desde la entrada en vigor del Tratado de Ottawa, de los logros conseguidos y también de aquellas cuestiones que todavía están pendientes o cuyos resultados no han sido los esperados.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de las minas antipersona, tal y como se conocen en la actualidad, se remonta a la Primera Guerra Mundial, conflicto en el que las tropas alemanas enterraban casquetes de artillería rellenos de pólvora o dinamita con un detonador a ras de tierra para detener el avance de los tanques británicos y franceses. Debido a su tamaño, resultaba relativamente sencillo para las fuerzas enemigas entrar en los campos minados y recuperar estas armas para uso propio. Este problema generó el desarrollo de las primeras minas antipersona, artefactos más pequeños, más fáciles de ocultar, cuyo fin era proteger las minas antitanque[1].

Fue durante la Segunda Guerra Mundial cuando se generalizó el uso de las minas antipersona, también llamadas antipersonal. Se utilizaron sobre todo en Europa y en el norte de África, especialmente en zonas desérticas para compensar la falta de obstáculos naturales[2].

Por mina antipersona se entiende toda mina concebida para que explosione por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas[3].

A diferencia de otras armas, las minas antipersona son accionadas por las víctimas: una vez colocadas, pueden tener efectos indiscriminados y las personas que entran en contacto con ellas corren el peligro de resultar mutiladas o de perder su vida.

Las minas son, como se ha indicado, activadas por las víctimas, generalmente civiles inocentes e indefensos, especialmente campesinos, niños y niñas. Su efecto es indiscriminado, no hace, por tanto, distinción entre civiles y combatientes. Las consecuencias sobre las víctimas son devastadoras, pues fundamentalmente mutilan, arrancan brazos o piernas, ocasionan ceguera y/o sordera, lanzando hacia el interior del cuerpo elementos que, además, producen graves infecciones. Las víctimas que sobreviven requieren, con frecuencia, más de una intervención quirúrgica y una rehabilitación, no sólo física sino también psicológica, muy prolongada en el tiempo, por lo que el coste para la comunidad es enormemente elevado.

---

1 Definición de mina antitanque: "más grandes que las minas antipersonal, contienen entre 2 y 9 kilogramos de explosivo, siendo necesaria una presión de 100-300 kgs" en "Prohibición de las minas antipersonal: Tratado de Ottawa explicado", CICR, Suiza, 1998, p. 5.

2 Gonzalo JAR COUSELO. Derecho Internacional Humanitario. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, p. 355.

3 Definición "mina antipersonal". Artículo 2 del Tratado de Ottawa.

Por otro lado, imposibilitan la reconstrucción y el desarrollo económico, pues la presencia o la simple sospecha de existencia de minas, puede hacer inutilizables extensas áreas de terreno productivo. Ocasionando, además, desplazamientos de importantes masas de población o impidiendo el retorno de las personas desplazadas por el conflicto.

II. EL TRATADO DE OTTAWA

1. Antecedentes

Tras la finalización de la primera Conferencia de Examen del Convenio de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales[4] (en adelante, CAC), el 3 de mayo de 1996, había un sentimiento generalizado de decepción debido a la falta de consenso para la aprobación de medidas realmente eficaces para luchar contra la lacra que representaban las minas antipersona.

Las modificaciones introducidas en el Protocolo II de la CAC, llamado Protocolo II enmendado[5], fueron importantes, pero no suficientes para evitar los efectos de las minas antipersona. Por ello, la delegación canadiense anunció que Canadá organizaría unos meses más tarde una reunión de todos los Estados que hubieran manifestado ser partidarios de la prohibición de las minas terrestres, con la idea de establecer una estrategia internacional dirigida a su prohibición total.

Esta reunión tuvo lugar del 3 al 5 de octubre del mismo año, en Ottawa, y fue conocida coloquialmente como “primera Conferencia de Ottawa”. Allí se sentaron las bases del denominado “proceso de Ottawa”. A la finalización de la reunión, el ministro de Relaciones Exteriores de Canadá, Lloyd Axworthy, hizo un llamamiento a todos los Gobiernos para regresar a Ottawa antes de finalizar 1997, con el fin de firmar un tratado de prohibición. Esta iniciativa causó sorpresa y fue considerada por algunos gobiernos como excesivamente arriesgada, pues solo 50 Estados habían manifestado públicamente su deseo de prohibir de manera absoluta las minas antipersona.

---

4 Convenio de Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 10 de octubre de 1980. Cuenta con 5 Protocolos: I.– Fragmentos no localizables, II.– Minas, armas trampa y otros artefactos, III.– Armas incendiarias, IV.– Armas láser cegadoras y V.– Restos explosivos de guerra.

5 Aprobado el 3 de mayo de 1996.

El 1 de septiembre de 2007, en Oslo, se inicia la Conferencia Diplomática sobre la Prohibición Global de las Minas Terrestres Antipersonal (Conferencia Diplomática de Oslo), convocada por Noruega. Es en este foro, de importancia capital, donde se aprueba el contenido del Tratado que prohibiría las minas antipersona.

Unos meses más tarde, en diciembre de 2007, en Ottawa, representantes de 121 Estados firmaron el "Tratado sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción". Tres de ellos, Canadá, Irlanda y Mauricio, depositaron, además, el instrumento de ratificación.

2. *Principales elementos del Tratado*

2.1. Obligación General

Los Estados que sean parte del Tratado no deben, en ninguna circunstancia, emplear, desarrollar, producir, almacenar o transferir minas ni ayudar a un tercero a que lo haga. Además, deben destruir, en el plazo establecido, las minas antipersonal existentes, estén almacenadas o sembradas[6].

Puede conservarse una reducida cantidad de minas con la única finalidad de desarrollar técnicas de remoción y destrucción de minas y para formar a personal en estas técnicas. En las negociaciones de Oslo, resultó imposible concretar una cantidad para este uso, por ello, se estableció la fórmula de "no exceder la cantidad mínima absolutamente necesaria..."[7]. Durante la negociación del Tratado, algunos Estados manifestaron que "varios miles y no varias decenas" podría ser suficiente cantidad para su empleo en actividades formativas, lo que no fue cuestionado por ningún Estado[8].

2.2. Ámbito de aplicación y excepciones

El Tratado afecta a las minas antipersona, es decir, a aquellas que han sido "*concebidas para ser colocadas en el suelo o cerca de éste y que explosionen por*

---

6 Art. 1.
7 Art. 3, párrafo 1.
8 Stuart Maslen y Peter Herby, Revista Internacional de la Cruz Roja núm. 148, pp. 748-765.

la presencia, la proximidad o el contacto de una persona"[9]. Por tanto, no afecta a:

a) las minas contracarro o antivehículos (reguladas por la CAC y las normas generales del derecho internacional humanitario);

b) los "dispositivos antimanipulación" colocados en las minas antivehículos para evitar su remoción;

c) las municiones detonadas a distancia que sólo pueden ser activadas manualmente por un combatiente y no pueden explosionar sólo por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona.

2.3. Obligación de destrucción

Las minas antipersona almacenadas deberán destruirse en el plazo de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del Tratado para un Estado concreto[10]. Por lo que respecta a las minas ya sembradas, en campos de minas o en otros lugares, deberán destruirse en el lapso de los diez años siguientes a la entrada en vigor para cada Estado[11].

Hasta que la destrucción de las minas sembradas no sea efectiva, hay que hacer todo lo posible por identificar las zonas minadas y señalarlas, vigilarlas y protegerlas para impedir el acceso a las personas civiles.

Si un estado no puede destruir totalmente las minas sembradas al cabo de los diez años estipulados, puede solicitar[12] a la Reunión de Estados Partes una ampliación del plazo hasta un máximo de diez años y pedir la colaboración de otros Estados para el cumplimiento de dicha obligación.

2.4. Cooperación y asistencia

Conforme al artículo 6 del Tratado, cada Estado Parte tiene derecho a solicitar y recibir asistencia de otros Estados Parte, de Naciones Unidas o de otros foros intergubernamentales o no gubernamentales, siempre que ello sea

---

9 Artículo 2.1.

10 Art. 4.

11 Art. 5.

12 Cada solicitud contendrá: a) la duración de la prórroga solicitada, b) las razones que justifican la petición, c) las implicaciones humanitarias, sociales, económicas y medioambientales de la prórroga y d) cualquier otra información que avale la solicitud. (Ver artículo 5.4).

factible. Dicha obligación abarca los siguientes ámbitos: 1) intercambio de material e información técnica y científica; 2) asistencia para el cuidado y rehabilitación de las víctimas de minas y su integración social y económica; 3) asistencia para las labores de limpieza de minas y actividades relacionadas con ella; 4) asistencia para la destrucción de existencias; 5) proporcionar información a la base de datos sobre nuevas tecnologías para el desminado, listas de expertos, etc...; 6) apoyo técnico para elaborar un Programa Nacional de Desminado y 7) cuando un Estado Parte reciba ayuda, deberá cooperar con objeto de asegurar la completa y rápida puesta en práctica de los programas acordados.

2.5. Medidas de transparencia y control

El Tratado de Ottawa contiene diversas medias para favorecer el respeto de las obligaciones que impone a los Estados y para afrontar las presuntas violaciones de los compromisos adquiridos por estos.

Así, cada Estado Parte deberá presentar al Secretario General de Naciones Unidas, tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de 180 días a partir de la entrada en vigor del Tratado para ese Estado, información relativa a todas las minas antipersona almacenadas, las zonas minadas, las minas conservadas con fines de formación, la destrucción de minas y las medidas tomadas para evitar que las personas civiles se adentren en zonas minadas[13]. Dicha información, deberá, de conformidad con el Artículo 7.2, actualizarse anualmente.

En el supuesto de que existan dudas razonables sobre el cumplimiento de sus compromisos por un Estado, se prevé la posibilidad de solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas un esclarecimiento y, si fuera necesario, se puede convocar una reunión de Estados Partes. En dicha reunión podría acordarse enviar una misión de investigación que, tras la práctica de las diligencias pertinentes, emitirá un informe. Con fundamento en dicho informe, los Estados Parte, reunidos, podrán proponer medidas correctoras.

2.6. Medidas de aplicación nacional

El Tratado exige que los Estados adopten medidas legislativas y administrativas nacionales, incluida la imposición de sanciones penales, para garanti-

---

13 Art. 7.

zar el cumplimiento de los compromisos adquiridos y para prevenir o reprimir las violaciones cometidas por personas o en los territorios de su jurisdicción o bajo su control[14].

III. CONFERENCIAS DE EXAMEN: DE NAIROBI A CARTAGENA

1. *Conferencia de Nairobi*

La Primera Conferencia de Examen se celebró en Nairobi, Kenya, del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 2004, conforme al artículo 12 del Tratado de Ottawa, que estipula que una Conferencia de Examen será convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas transcurridos 5 años desde la entrada en vigor de la Convención. A fecha de inicio de la Conferencia, 143 Estados habían ratificado el Tratado.

La finalidad de la Conferencia de Examen es, fundamentalmente, evaluar el funcionamiento y grado de cumplimiento por los Estados de las obligaciones establecidas en el Tratado, así como resolver las solicitudes de diversa índole, particularmente prórrogas, presentadas por los estos.

Como cuestiones más importantes recogidas en el Informe Final de la Conferencia, habría que citar las siguientes[15]:

1.1. Destrucción de existencias

El cumplimiento por los Estados Partes de las obligaciones dimanantes del artículo 4 fue uno de los grandes éxitos del Tratado hasta ese momento. Todos los Estados Partes cuyos plazos de destrucción habían vencido, informaron de de la conclusión de sus programas de destrucción de las existencias.

En consecuencia, a fecha de la Conferencia de Nairobi, 126 Estados Partes ya no poseían existencias de minas antipersonal y en total se habían destruido más de 37 millones de minas.

---

14 En España, Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 566 y 567.

15 APLC/CONF/2004/5.

1.2. Limpieza de Minas

En los informes presentados de conformidad con el artículo 7, 49 Estados Partes habían notificado la existencia de zonas bajo su jurisdicción o control que tienen, o se sospecha que tienen, minas antipersona y, por consiguiente, deben cumplir las obligaciones estipuladas en el artículo 5 y los requisitos de presentación de los informes pertinentes.

Tan solo tres de ellos ya habían limpiado las zonas minadas (Costa Rica, Djibouti y Honduras) y 46 estaban en proceso todavía. A pesar de este pobre balance, sí se consiguieron importantes avances en relación con la identificación y señalización de zonas minadas.

1.3. Víctimas

Uno de los principales logros de la Conferencia de Nairobi fue clarificar el significado de los términos “victima” y “asistencia a las víctimas”, tarea en la que hay que destacar las importantísimas aportaciones del Comité Permanente de Asistencia a las Víctimas y Reintegración Socioeconómica[16].

A partir de entonces, el término “víctima” incluye a las personas que han sufrido, de manera individual o colectiva, daños físicos o psicológicos, pérdidas económicas o un menoscabo considerable de sus derechos fundamentales a causa de actos u omisiones relacionados con el empleo de minas. Esta interpretación amplia del concepto de víctima tiene como propósito más importante el dejar patente todo el abanico de daños causados por las minas y los artefactos sin estallar. Sin embargo y a pesar de este concepto amplio de víctima, los escasos esfuerzos de asistencia se centraron en las personas que han sufrido directamente el impacto de las minas.

En cuanto al concepto de asistencia a las víctimas, en Nairobi se aceptó que debe incluir no solo a las víctimas directas de las minas antipersona, sino también a todas las demás personas que han sufrido lesiones a causa de la guerra y a los discapacitados en general.

La asistencia a las víctimas exige que se garantice que los sistemas de atención de la salud y de servicios sociales, los programas de rehabilitación y la legislación y la política vigentes sean adecuados para atender las necesidades de todos los ciudadanos, entre ellos las víctimas de la explosión de minas terrestres; teniendo en cuenta, como es lógico, las características que presentan

16 Uno de los cuatro Comités Permanentes establecidos por los Estados Partes.

las víctimas de las minas, dando prioridad en cuanto al uso de recursos de salud y para la rehabilitación a las zonas en las que se concentran mayor número de víctimas de las minas antipersona.

Los escasos avances prácticos en relación con la asistencia a las víctimas, obedecen fundamentalmente a la falta de capacidad de los Estados afectados por las minas. Muchos de ellos no están en condiciones de ofrecer un nivel aceptable de asistencia social a su población en general y, evidentemente, tampoco a las víctimas de las minas. La mayoría de estos Estados, especialmente los de África, tienen un bajo índice de desarrollo humano[17].

Desde este punto de vista, el compromiso político de estos países de asistir a los supervivientes de las minas terrestres resulta fundamental, pero para conseguir que la situación mejore de verdad, parece evidente que hay que abordar el problema desde un punto de vista global, dentro de una estrategia general de desarrollo del propio país.

1.4. Plan de acción

Finalmente, en la Conferencia de Nairobi se aprobaron un total de 70 medidas con el fin de afianzar los logros obtenidos hasta la fecha, mantener y reforzar la cooperación entre los Estados, avanzar en el ámbito de la universalización del Tratado, en la destrucción de los arsenales de minas, en la limpieza de zonas minadas y, especialmente, en el desarrollo de los mecanismos necesarios para que la asistencia a las víctimas sea una realidad[18].

2. *La conferencia de Cartagena: balance tras diez años de entrada en vigor del Tratado de Ottawa*

La Segunda Conferencia de Examen, celebrada, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Tratado, 5 años después de la Conferencia de Nairobi, tuvo lugar en Cartagena de Indias (Colombia), del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 2009.

En el informe presentado a la Conferencia[19], se analiza la situación de los Estados Partes en relación con los compromisos adquiridos con la ratificación

---

17 Parámetro fijado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para evaluar el nivel de bienestar de la población de un país.

18 Informe final Conferencia de Nairobi. APLC/CONF/2004/5, pp. 106 a 121.

19 Informe Final Conferencia de Examen. Cartagena. APLC/CONF/2009/9. 17/06/2010.

del Tratado. A continuación veremos los logros obtenidos y los principales retos para el futuro:

2.1. Universalización

En la actualidad, son ya 156 los Estados Partes en el Tratado de Ottawa, por tanto, desde la Conferencia de Nairobi, sólo 13 nuevos Estados han ratificado el Tratado[20], para todos ellos ya ha entrado en vigor.

Por tanto y a pesar de que los principales productores siguen sin ratificar el Tratado, el comercio de minas antipersonal es casi inexistente, pues además de los 156 Estados que son parte, la mayoría de los Estados no parte han aceptado la prohibición de transferir minas antipersona. Es decir, muchos han declarado moratorias o prohibido expresamente las transferencias; entre ellos, China, Cuba, Egipto, Finlandia, la República de Corea, La India, Israel, Kazajstán, Pakistán, Polonia, La Federación de Rusia, Singapur, Estados Unidos y Vietnam[21]. El posible comercio existente se limita, por tanto, a un tráfico ilícito de pequeñas proporciones.

Desde la Conferencia de Nairobi, solo se ha registrado el empleo de minas por parte de tres Estados que no son partes: Federación de Rusia, Myanmar y Nepal. Por otra parte, lo que sí ha conseguido plenamente el Tratado ha sido la estigmatización del uso y transferencia de minas en relación con aquellos Estados que aún no son parte.

Es evidente, por tanto, que se sigue avanzando hacia la aceptación universal del Tratado de Ottawa, a pesar de los usos detectados por los tres Estados citados en el párrafo anterior y por distintos grupos armados no estatales en 13 Estados[22].

2.2. Destrucción de existencias

En la actualidad, 152 Estados Partes no tienen ya existencias de minas antipersonal, bien sea porque nunca las tuvieron o porque han concluido sus programas de destrucción. Según se hace constar en el informe presentado a

---

20 Bhután, Brunei Darussalam, Etiopía, Haití, Indonesia, Iraq, Islas Cook, Kuwait, Letonia, Montenegro, Palau, Ucrania y Vanuatu.

21 Landmine Monitor Report 2009.

22 Afganistán, Burundi, Colombia, Federación de Rusia, Guinea-Bissau, India, Iraq, Líbano, Myanmar, Nepal, Pakistán, Somalia y Sri Lanka.

la Conferencia de Cartagena, los Estados han informado sobre la destrucción de 42,3 millones de minas.

Sin embargo, a pesar de estos avances, la destrucción de existencias sigue siendo un problema complejo y costoso. Así, por ejemplo, Bielorusia, Grecia, Turquía y Ucrania están incumpliendo los plazos para la destrucción de existencias. Entre estos cuatro Estados, almacenan en torno a doce millones de minas. Para los tres primeros, el plazo venció el 1 de marzo de 2008; para Ucrania, el 1 de junio de 2010.

2.3. Limpieza de Minas

De los 53 Estados Partes a quienes incumbe la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 5 del Tratado, 15 han informado sobre el cumplimiento de destruir o asegurar la destrucción de todas las minas situadas en las zonas minadas. Por tanto, quedan 39 que deben cumplir aún esa obligación.

Uno de los problemas que se ha puesto de manifiesto consiste en la dificultad de determinar exactamente los límites de las zonas minadas, con frecuencia la identificación ha sido muy imprecisa y se ha sobrestimado la extensión de las zonas minadas, con la consiguiente inadecuación de tiempo y recursos. Por tanto, los avances en la correcta identificación de zonas minadas resultan determinantes para dimensionar de una forma correcta el problema y por ende, para la asignación adecuada de los recursos dedicados al desminado.

Para despejar tierras clasificadas como “minadas”, se proponen tres tipos de actividades: a) la conexión permanente con las comunidades afectadas y la recogida de información sobre el terreno; b) reconocimiento detallado a través de la investigación topográfica y técnica detallada para identificar con mayor precisión una zona más reducida, despejando así el resto de la zona investigada; y, c) a través de la tarea estricta de limpieza por medios manuales o mecánicos hasta una profundidad determinada.

Según declaran los Estados afectados, los esfuerzos de limpieza de zonas minadas están produciendo efectos muy positivos desde el punto de vista socioeconómico, como el acceso de las comunidades pobres y rurales a los servicios y mercados, la utilización de las tierras para el reasentamiento y la agricultura, el acceso de las personas con discapacidad, incluidas las víctimas de las minas, a los servicios. Ha sido posible también construir escuelas, centros de salud y otros muchos servicios comunitarios.

2.4. Víctimas

Desde Nairobi los Estados Partes tienen una idea mucho más clara de los problemas que plantea la atención a los derechos y las necesidades de las víctimas de minas terrestres y otras personas con discapacidad. Sin embargo, estos también ponen de manifiesto que progresar en el ámbito de la asistencia integral a las víctimas resulta especialmente complicado, habida cuenta de la situación de subdesarrollo en la que se encuentra la inmensa mayoría de los países que sufren esta lacra.

Además del evidente problema económico, se han detectado los siguientes: la frecuente no inclusión de los derechos de las personas con discapacidad en las prioridades de los encargados de formular políticas; la incapacidad para atender las cuestiones relativas a las personas con discapacidad en todos los niveles; la no inclusión o inclusión limitada de las personas con discapacidad en los procesos de adopción de decisiones; la disponibilidad de un volumen limitado de datos sobre las personas con discapacidad en el proceso de planificación; la cantidad y calidad insatisfactorias de los servicios; el acceso limitado o nulo a los servicios y oportunidades en las zonas rurales; las estructuras del Estado limitadas, y un largo etcétera de dificultades de todo tipo. Los Estados afectados reconocen, asimismo, la fuerte dependencia respecto de los organismos internacionales y de las organizaciones no gubernamentales.

Un logro muy importante lo constituye el hecho de disponer de una información más actualizada y pormenorizada sobre la situación de la asistencia a las víctimas. Esta información proporcionada por los Estados se ha compilado en un documento llamado *Status of Victim Assistance in the Context of the AP Mine Ban Convention in 26 States Parties: 2005-2009.*

2.5. Cooperación y asistencia

Cada vez se hace más patente la necesidad de que los Estados afectados sean los verdaderos protagonistas en relación con el cumplimiento de los compromisos asumidos con la ratificación del Tratado. Solo si dan muestras de que emprenden acciones firmes para cumplir con sus obligaciones será posible que aflore la ayuda exterior.

Desde la cumbre de Nairobi, los gastos anuales del Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias han aumentado constantemente. Por poner un ejemplo, se ha pasado desde los 46,5 millones de dólares de los Estados Unidos en 2004 a más de 109 millones en 2008. Un total de 19 Estados partes que estaban o siguen aplicando el artículo 5 del Tratado se han beneficiado de

los fondos canalizados por conducto del Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias[23].

Desde la Cumbre de Nairobi, los gastos con cargo al Fondo Fiduciario temático para la prevención de crisis y la recuperación del PNUD han superado los 112 millones de dólares de los Estados Unidos entre 2004 y 2008. Desde 2004, 22 Estados partes han obtenido asignaciones con cargo a ese Fondo[24]. Además, desde la Cumbre de Nairobi, el apoyo del UNICEF a las actividades relativas a las minas se ha cifrado en aproximadamente 10 millones de dólares por año; UNICEF ha prestado así asistencia a 19 Estados Partes.

2.6. Medidas de aplicación nacional

En la actualidad hay 59 Estados partes que han informado sobre la promulgación de legislación en el contexto de las obligaciones del artículo 9 y 33 Estados que han notificado que consideran suficiente la legislación en vigor para dar por cumplido este compromiso. Así, hay 64 Estados Partes que no han informado sobre la adopción de las medidas impuestas por el artículo 9, lo que constituye un enorme problema y sigue siendo, por tanto, un reto para el futuro.

2.7. Plan de acción

El nuevo Plan de Acción cuenta con 67 medidas que deberán ponerse en marcha en el periodo 2010-2014, la gran mayoría tratan de dar continuidad al proceso iniciado en Nairobi. Tales medidas están dirigidas al cumplimiento de los compromisos del Tratado, poniéndose especial énfasis en las tareas de limpieza, en la asistencia a las víctimas y, especialmente, en las relacionadas con la cooperación y asistencia internacional para cumplir los objetivos.

---

[23] Apéndice VIII, cuadro 3. Informe Final Conferencia de Cartagena.
[24] Apéndice VIII, cuadro 4. Informe Final Conferencia de Cartagena.

IV. ESTRATEGIA DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y MEDIA LUNA ROJA EN RELACIÓN CON LAS MINAS TERRESTRES

Para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja (en adelante, Movimiento) ha sido una preocupación constante los efectos de las minas antipersona sobre la población civil.

En el año 1993, el Consejo de Delegados hizo un llamamiento en favor de la puesta en marcha de medidas jurídicas y humanitarias que paliaran el costo humano del empleo de este tipo de armas[25].

En esos momentos, el uso generalizado de las minas antipersonal en los conflictos armados estaba causando lo que el CICR calificó de "epidemia" de muertes y lesiones a causa de las minas terrestres. Los civiles eran la mayoría de las víctimas y la inmensa mayoría de los incidentes se producían tras la finalización de los conflictos armados.

Unos años más tarde, en 1995, el Consejo de Delegados aprobó un mandato específico dirigido a todos los componentes del Movimiento para la prohibición total de las minas antipersona, lo que, desde el punto de vista humanitario, se revelaba como "la única solución eficaz"[26].

Durante este periodo, el CICR y las Sociedades Nacionales adoptaron medidas para prevenir nuevas víctimas, fundamentalmente a través de campañas de sensibilización sobre los peligros de las minas y reforzando sus actividades de rehabilitación física.

Posteriormente, El CICR, muchas Sociedades Nacionales y la Campaña Internacional para la Prohibición de las Minas (ICBL, por sus siglas en inglés) realizaron importantes campañas abogando públicamente por la prohibición del empleo de minas antipersonal. Ello condujo a la firma del Tratado sobre la prohibición de las minas en Ottawa, en diciembre de 1997.

La actual estrategia del Movimiento en relación con las minas antipersona, que sustituye a la aprobada en 1999 y en 2003, se aprobó por Resolución 6 del Consejo de Delegados, reunido en Nairobi, del 23 al 25 de noviembre de 2009. La Estrategia aborda de manera conjunta la acción en relación no solo contra las minas antipersona, sino también contra las municiones en racimo y los restos explosivos de guerra (en adelante, REG).

---

[25] Resolución 3. Consejo Delegados. Birmingham, 1993.

[26] Resolución 10. Consejo Delegados. Ginebra, 1995.

En la Estrategia, que no tiene un plazo fijo de ejecución pero que podrá ser objeto de revisión y actualización cuando se considere necesario, se aprueba la política del Movimiento en apoyo a las normas internacionales que prohíben o reglamentan el empleo de aquellas armas que continúan provocando muertos o heridos a pesar del cese de las hostilidades. También se recoge el objetivo operacional del Movimiento de limitar las consecuencias de la contaminación por armas, apoyar y ayudar a la reinserción social de los supervivientes y sus familias.

En la misma, se establecen las principales actividades del Movimiento en relación con:

1. *Promoción de normas internacionales*

El objetivo de proteger a las personas civiles y a las comunidades afectadas solo se alcanzará cuando las normas[27] gocen de aceptación universal y sean aplicadas tanto por las fuerzas armadas como por los grupos armados no estatales.

Las actividades del Movimiento han sido fundamentales para la aprobación y promoción de numerosas normas de derecho humanitario. Es necesario mantener este papel promotor de normas humanitarias. Específicamente, en relación con el Tratado de Ottawa, los objetivos del Movimiento se concretan en lograr la adhesión universal; hacer un seguimiento de las prohibiciones impuestas por el Tratado, de los plazos para el desminado de zonas contaminadas y la destrucción de los arsenales, y de los compromisos relativos a la asistencia a las víctimas; promover el cumplimiento por parte de los Estados de los plazos establecidos para la remoción y la destrucción de las minas antipersonal cuando se acerquen o hayan expirado sus fechas límites; velar porque los Estados Partes aprueben leyes de ámbito nacional que contemplen la aplicación de los tratados y el enjuiciamiento y la sanción de aquellos que violen las disposiciones que figuran en dichos tratados; documentar, cuando sea factible, el empleo de minas antipersonal y municiones en racimo y sus consecuencias; contemplar las medidas más adecuadas para estos casos con los funcionarios gubernamentales, los actores no estatales y los medios de comunicación; promover la adhesión a las normas de derecho humanitario

---

[27] Normas consuetudinarias de derecho humanitario, el Protocolo I adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Tratado sobre la prohibición de minas antipersonal, el Protocolo II enmendado y el Protocolo V del Convenio sobre ciertas armas convencionales, y el Convenio sobre las municiones en racimo.

correspondientes por parte de los actores estatales y no estatales; e instar a que se ponga fin al empleo de estas armas.

El modus operandi del Movimiento en cuanto a la realización de tales actividades se caracteriza por el mantenimiento de un diálogo periódico con los gobiernos, los legisladores y las fuerzas armadas; por la sensibilización de otros actores humanitarios, de la sociedad civil y, especialmente, de medios de comunicación. También, por el apoyo a los programas nacionales de remoción de minas, destrucción de existencias y ayuda a las víctimas.

2. *Prevención de accidentes y reducción de los efectos de la contaminación por armas*

Entre estas actividades se incluyen la recopilación y el análisis de datos, la reducción de riesgos, la educación sobre los peligros de las armas, los estudios y la remoción de municiones sin estallar.

Además de las minas, las municiones en racimo y otros REG, constituyen también una amenaza las municiones no vigiladas y las armas pequeñas y ligeras. El término general que se utiliza para describir las actividades operacionales dirigidas a paliar los efectos de estas armas es el de “contaminación por armas”.

Las primeras actividades humanitarias realizadas para reducir las consecuencias de la contaminación por armas entre la población civil se remontan a 1988, en el conflicto de Afganistán. Desde entonces, las técnicas y estrategias han ido evolucionando de manera significativa.

Los componentes del Movimiento[28] han desempeñado un importante papel en estas actividades, cada uno de conformidad con su función directiva[29]. Las Sociedades Nacionales han recabado información y han trabajado en sus comunidades para modificar conductas y actuar de enlace con los organismos responsables de la remoción de municiones sin estallar. En 1997, el CICR estableció en Ginebra un “Sector encargado de las actividades relativas a las minas”, como respuesta a la petición del Movimiento de que sea la organización de referencia en este ámbito. Desde entonces, ha apoyado las actividades relativas a las minas en más de 40 países. Además de desarrollar su capacidad de

---

[28] CICR, Federación y Sociedades Nacionales.

[29] Acuerdo sobre la organización de las actividades internacionales de los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Consejo de Delegados. Sevilla, 25-27 de noviembre de 1997.

intervenir directamente, el CICR ha prestado un gran apoyo a las Sociedades Nacionales, especialmente por lo que respecta a la mejora de su capacidad.

La conexión con las comunidades afectadas es un elemento esencial para la reducción de riesgos; en ese sentido, las Sociedades Nacionales desempeñan un importante papel de manera individual o en coordinación con los restantes componentes del Movimiento, de acuerdo con los principios rectores recogidos en la estrategia[30] y según lo exija la situación:

2.1. Recopilación y análisis de datos

Recopilar y analizar datos en las zonas contaminadas por armas constituye la base de todo plan de reducción de riesgos que plantea este tipo de contaminación. También es fundamental para mejorar el acceso a los supervivientes y documentar el desarrollo y la aplicación de las normas basándose en la realidad sobre el terreno. Las Sociedades Nacionales, en tanto que están presentes en casi todos los países y tienen arraigo en las comunidades, son las más capacitadas para recopilar estos datos. Esta información ayuda a situar las zonas peligrosas y permite planificar y decidir la prioridad de las actividades relativas a estudios, remoción, reducción de riesgos y educación sobre el peligro de las armas.

2.2. Reducción de riesgos

Las actividades que se suelen llevar a cabo se caracterizan por el establecimiento de zonas seguras, la búsqueda de nuevas fuentes de agua en tierras no contaminadas y de fuentes de alimento o combustible alternativas, y la concesión de microcréditos. El objetivo es evitar que las personas que viven en zonas contaminadas tengan que correr riesgos para seguir viviendo o para llevar una vida normal, y velar por que los supervivientes reciban apoyo para su reinserción social y reanuden una vida normal en la medida de lo posible. En definitiva, no solo se trata de prevenir accidentes, sino también de prestar asistencia a los supervivientes y facilitar su reinserción social.

---

30 Aplicación de los Principios Fundamentales; enfoque multidisciplinario, flexible, apropiado y adaptable; complementariedad con otros actores; adhesión a las normas e instrumentos internacionales; desarrollo de la capacidad nacional y acceso igualitario y sin discriminación a la atención sanitaria, los servicios de rehabilitación y las iniciativas de reinserción socioeconómica.

2.3. Educación sobre el peligro

La educación y la sensibilización sobre el peligro de las minas y otras municiones sin estallar resulta esencial para la prevención de riesgos. Es una actividad especialmente necesaria sobre todo en el momento en el que las poblaciones desplazadas comienzan a regresar a sus hogares. El Movimiento cuenta, para estas situaciones, con una importante fortaleza: su voluntariado, integrado normalmente por personas de la misma comunidad a la que dirige su acción.

2.4. Estudios técnicos y remoción

Cuando sea necesaria la realización de estudios técnicos o de actividades de remoción, el Movimiento movilizará al personal acreditado o especializado, con arreglo a las normas internacionales para las actividades relativas a las minas o, si existen, a las normas nacionales sobre las actividades relativas a las minas. En este sentido, se desarrollan aquellas actividades que tienen como objeto, entre otros, apoyar y desarrollar las capacidades y estrategias nacionales cuya finalidad es poner término a la contaminación por armas, así como promover los planes de preparación, la mejora de las capacidades y el intercambio de experiencias y conocimientos entre las sociedades nacionales que trabajan en el ámbito de la contaminación por armas.

3. *Asistencia a favor de las víctimas*

La asistencia a las víctimas de las minas terrestres, municiones en racimo, y otros REG se debería prestar mediante un enfoque integral y multidisciplinario, con el objetivo de, en primer lugar, reducir el número de personas que mueren como consecuencia de sus lesiones, mejorando su acceso a los servicios médicos y de urgencias, y, en segundo lugar, eliminar, o reducir, en la medida de lo posible, los factores que entorpecen la reinserción social de las personas con discapacidad, en particular, de los supervivientes de accidentes relacionados con estas armas, ayudándoles a recuperar su independencia y mejorando su calidad de vida en los planos físico, psicológico, social y económico.

Por otra parte, estas personas deberían gozar de las mismas oportunidades de participación e inclusión social, educación y empleo que los demás ciudadanos. Las víctimas de las minas constituyen un subgrupo en la comunidad

de personas con discapacidad, por tanto los problemas a los que se enfrentan son similares a los que tienen otro tipo de discapacidad.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su

Protocolo facultativo[31] han marcado un punto de inflexión en las actitudes y el trato a las personas discapacitadas. A partir de ahora, se exige que se considere a las personas con discapacidad, no como simples beneficiarios de instituciones benéficas que necesitan tratamiento médico y protección social, sino también como personas con derechos que están en condiciones de hacerlos valer, de tomar decisiones que afectan a sus vidas con su consentimiento libre e informados, y de formar parte de la sociedad como miembros activos y de pleno derecho.

Las actividades del Movimiento a favor de las víctimas comprenden la atención médica de urgencia y de consulta, la rehabilitación física y funcional, el apoyo psicológico y la reinserción social, la inclusión económica, y el desarrollo y la promoción de leyes y políticas que aboguen por el trato adecuado, la atención y la protección de todos los ciudadanos con discapacidad, entre ellos, los supervivientes de accidentes en relación con armas. Dichas actividades se concretan en las siguientes:

3.1. Servicios médicos de urgencia y asistencia continuada

Estos servicios abarcan los primeros auxilios, el acceso a los centros de salud y la prestación de una atención médica adecuada (incluido el tratamiento quirúrgico profesional y los cuidados paliativos). El objetivo es desarrollar la capacidad de los servicios médicos, para que puedan atender las necesidades sanitarias, tanto las inmediatas como las ya existentes, de las víctimas de accidentes en relación con armas.

3.2. Rehabilitación física y funcional

La rehabilitación física se puede describir como la colocación de aparatos como prótesis, dispositivos auxiliares para caminar y sillas de ruedas, acompañada de una terapia física adecuada. También incluye actividades cuya finalidad es mantener, ajustar, reparar y sustituir dichos aparatos según sea necesario. La rehabilitación física trata de ayudar a una persona a que recupe-

---

[31] Tanto la Convención como su Protocolo Facultativo, ambos de fecha 13 de diciembre de 2006, entraron en vigor el 3 de mayo de 2008.

re o mejore sus capacidades físicas, mientras que la rehabilitación funcional abarca todas las medidas dirigidas a ayudar a una persona discapacitada a recuperar su capacidad de desempeñar actividades o funciones que considere importantes, útiles o necesarias.

3.3. Apoyo psicosocial

Combina el apoyo psicológico con actividades de reinserción o inclusión social. Entre las actividades más importantes, destacan la ayuda a las víctimas para superar experiencias traumáticas y la promoción de su bienestar social, por ejemplo, participación en grupos de apoyo integrados por personas que han padecido experiencias similares, asociaciones de personas con discapacidad, participación en actividades deportivas y, si es necesario, asesoramiento profesional.

3.4. Reinserción económica

Las actividades de inclusión y reinserción económica consisten fundamentalmente en impartir educación y formación profesional, y en proporcionarles actividades económicas sostenibles y oportunidades de empleo en las comunidades afectadas. Las perspectivas de futuro de los supervivientes dependen en gran medida de la estabilidad política y la situación económica de sus comunidades, aunque las oportunidades de inclusión económica también favorecen la independencia de los supervivientes y sus familias, y el desarrollo de la comunidad en su conjunto. Es importante integrar estas actividades en el desarrollo económico general y en las iniciativas dirigidas a incrementar el número de reinserciones económicas.

En definitiva y a modo de resumen, esta nueva Estrategia compromete a todos los componentes del Movimiento a aumentar los esfuerzos para el desarrollo, promoción y aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario que configuran el actual marco jurídico para prevenir y afrontar el sufrimiento humano que causan las minas, las municiones en racimo y otros restos explosivos de guerra. Asimismo, todos los componentes del movimiento han de contribuir y cooperar, de acuerdo con los principios rectores definidos en la estrategia y de conformidad con el marco de relación que establece el Acuerdo de Sevilla, a la recopilación y análisis de datos, a la reducción de riesgos, a la educación sobre los riesgos que suponen estas armas, así como a la realización de estudios y a la remoción de minas.

Finalmente, se hace absolutamente necesario redoblar los esfuerzos para prestar una asistencia integral a las víctimas que consistirá no solo en actividades asistenciales, sino también en ofrecerles oportunidades para lograr que participen plena y activamente en la sociedad, para que tengan acceso a la educación, el empleo y a los servicios básicos.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Actualmente, son ya 156 los Estados que han ratificado el Tratado de Ottawa; además, hay dos Estados (Polonia e Islas Marshall), signatarios del mismo, que ya han manifestado su intención de ratificar el Tratado próximamente. Este importante progreso en la universalización del mismo ha tenido como principal consecuencia el casi inexistente comercio de minas, así como la estigmatización de su uso, incluso por aquellos estados que aún no son parte. También ha disminuido de manera significativa su uso por parte de grupos armados no estatales. Al menos, 59 grupos se han comprometido a detener el uso de minas en los últimos diez años.

Al menos 38 países productores de minas antipersona han cesado su fabricación, quedando solo 13 países como productores reales o potenciales. Durante la última década, el comercio mundial de minas ha consistido únicamente en un bajo nivel de traslados ilícitos y no reconocidos; sin embargo, todavía quedan 39 Estados que no son parte del Tratado y que cuentan con una cantidad estimada de 160 millones de minas.

En cuanto a la destrucción de existencias, hasta la fecha se han destruido unos 44 millones de minas. Con anterioridad al Tratado, unos 130 Estados contaban con arsenales de minas, actualmente son solo 40 los que aún no han destruido sus existencias. En este ámbito, sí hay que destacar las violaciones de los plazos para la destrucción de existencias por parte de cuatro Estados: Bielorrusia, Grecia, Turquía y Ucrania. Para los tres primeros, el plazo venció en marzo de 2008 y para Ucrania, en junio de 2010.

En relación con las operaciones de limpieza, desde 1999 se han despejado al menos 1.100 Km2 de zonas minadas y más de 2.100 Km2 de zonas de batalla en más de 90 Estados. Como resultado de estas operaciones se han destruido más de 2.2 millones de minas antipersona, 250.000 minas antivehículo y 17 millones de REG. Es indudable que se están consiguiendo avances, sin embargo, tales avances tampoco se realizan al ritmo esperado, así, 16 de los

24 Estados cuyo plazo de diez años expiró en 2009, han solicitado prórrogas de uno a diez años y se les ha concedido.

El Monitor de Minas Terrestres ha identificado al menos 73.576 víctimas por causa de las minas terrestres, los REG y los dispositivos improvisados activados por la víctima en 119 Estados y zonas, en los últimos diez años. A pesar de este escalofriante dato, se ha pasado de una estimación de 20.000 víctimas al año hace una década, a 5.000 anuales.

En cuanto a la asistencia a las víctimas, también ha habido importantes avances, desde Nairobi la mayoría de los 26 Estados que tienen el número más elevado de supervivientes han recibido apoyo para el establecimiento de planes naciones de atención a las víctimas; sin embargo, este quizá sea el principal talón de Aquiles para los Estados. Como ya se ha indicado, la mayor parte de los Estados afectados están en vías de desarrollo, muchos de ellos recuperándose de los efectos de los conflictos armados de los que han salido, cuentan, por tanto, con escasos recursos para hacer frente a las necesidades de las víctimas; y, aunque las aportaciones de otros Estados se han incrementado sustancialmente en los últimos años, aún no es suficiente. En la mayor parte de los casos, la atención médica y social tienden a ser insuficientes y las oportunidades económicas y de reinserción profesional son muy limitadas para la población en general y, especialmente, para las personas discapacitadas, en particular.

Dentro de este ámbito y como aspecto positivo, hay que destacar el nuevo concepto de “víctima” y de “asistencia” que se puso de manifiesto ya desde la Conferencia de Nairobi y que, en consonancia con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, debe regirse por el principio de no discriminación, el fomento de la autonomía de éstas, la adopción de un criterio de acción integrado e integral que incluya una perspectiva de género, la transparencia, la eficiencia y la sostenibilidad.

Algunas consideraciones en torno a la regresión del principio de jurisdicción universal en España

Montserrat Abad Castelos
Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid

A la memoria de Gonzalo Jar, porque me enorgullezco de haber podido disfrutar de su compañía y porque sé que, aparte de otros muchos méritos, tenía un sentido inherente de rectitud y de justicia, con independencia de lo que en ciertos momentos podría simplemente resultar o no oportuno.

"(...) Los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual al de los soberanos, tienen derecho a castigar no sólo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquellas que no les conciernen especialmente y que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones (...)".
Hugo Grocio, *Del Derecho de la guerra y de la paz* (1625).

I. LA PERSPECTIVA DE EXAMEN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El cristal desde el cual debe mirarse en gran medida el principio de jurisdicción universal es, a mi juicio, el del Derecho de Gentes o, lo que es lo mismo, el del Derecho internacional. El empleo de tal lente es imprescindible e irrenunciable para el análisis de este principio, ya que si bien está asentado en los ordenamientos internos, y en ellos es donde se aplica y la jurisdicción se hace efectiva, está conectado con el Derecho internacional por los cuatro costados

desde su nacimiento, como vamos a ver en el apartado siguiente[1]. Cabe añadir además, también en mi opinión, que ese prisma de examen debería ser, al menos en cierta medida, progresista, porque el Derecho internacional también lo es, al menos, igualmente, en ciertos aspectos. Lo que importa, a estos efectos, es que, con sus avances, incluso a veces también con sus retrocesos, y aun con sus antinomias, el Derecho internacional alberga una gran carga axiológica, y ha avanzado hasta el punto de incorporar como valor suyo el principio de la lucha contra la impunidad por los crímenes más repugnantes, como las violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Y este progreso sí ya parece, afortunadamente, irreversible.

Quizá no esté de más señalar al mismo tiempo que nunca es irrelevante la posición desde la cual cada uno examina una cuestión como ésta. Todo el que lo haga estará, si no determinado o condicionado, sí como mínimo influido por ella. Por ello, debemos ser conscientes de que no es lo mismo aproximarse al principio de jurisdicción universal desde la óptica de un Estado cuyos nacionales pueden ser enjuiciados a través de este vínculo competencial en los Tribunales de otro Estado, que desde la perspectiva de este último o aun de un tercer Estado. Asimismo, no es irrelevante tampoco considerar la posición que pueda llegar a adoptarse desde cada uno de los tres Poderes del Estado, puesto que aunque en principio la jurisdicción universal "es sencillamente un instrumento judicial y como tal tendría que ser valorado", en un buen número de casos en los que se invoca, "la voz del Estado, que debe ser única en su trato con otros Estados, se fragmenta por la lógica a la que están obli-

[1] El propio Tribunal Constitucional español concluía en su célebre Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, en respuesta al recurso de amparo interpuesto ante él, frente a la previa sentencia del Tribunal Supremo en el *caso Guatemala*, que "(...) tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, *se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional*, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ"; la cursiva es añadida (disponible en el Sitio Web del TC: http://www.tribunalconstitucional.es).
También en el ámbito doctrinal, M. Ollé, por su parte, remarca, refiriéndose a la reforma de la LOPJ, de 2009, que se ha producido "un equivocado enfoque desde el Derecho interno, cuando el análisis debe efectuarse desde el Derecho internacional"; M. OLLÉ SESÉ, "El avance de la justicia universal", *El País*, 23 de mayo de 2009. Véase *ibíd.*, *Justicia Universal para Crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.

gados a atenerse cada uno de los poderes que lo conforman. El tribunal que invoca la jurisdicción universal lo hace ajustándose a la ley. Pero el Ejecutivo que alega razones diplomáticas también lo hace de acuerdo con sus legítimas competencias"[2]. De hecho, las razones diplomáticas pueden llegar a ser muy poderosas. Valga recordar, sin ir más lejos, que, tras una demanda contra oficiales estadounidenses presentada ante los Tribunales belgas, el entonces Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, amenazó públicamente con arrebatarle a Bélgica la sede de la OTAN, lo cual pareció actuar en la práctica como una de las razones que motivaron el abandono de la jurisdicción universal por parte de Bélgica en 2003, en los términos en los que estaba concebido[3]. ¿Una presión intolerable? ¿Una consecuencia comprensible? ¿Tal vez ambas cosas?

Los propios jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal reconocían también la existencia de dificultades en este sentido en su voto particular emitido en el *Asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000*, al indicar precisamente que una de las misiones más difíciles a las que se enfrenta actualmente el Derecho internacional es la de "garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales sin dejar de luchar contra la impunidad de los responsables de las violaciones más graves de los derechos humanos"[4]. Tal vez quepa añadir, sin pecar de ingenuo, junto a que diplomacia y derechos humanos deben ser términos conjugables[5], que si bien "la justicia resulta a veces incómoda y des-

---

2 J. M. RIDAO, "Jurisdicción y diplomacia", *El País*, 10 de mayo de 2009, p. 33.

3 Véase el comentario de R. BRODY, Consejero jurídico de *Human Rights Watch*, en el sitio web de la organización: "Llanto por la jurisdicción universal" (26-6-2009) http://www.hrw.org/es/news/2009/06/26/llanto-por-la-jurisdiccion-universal (visitado el 10 de diciembre de 2010).

4 *Asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000*, p. 65; localizable en http://icj-cij.org.

5 El Magistrado de la Audiencia Nacional, José Ricardo DE PRADA, traía a colación, en un comentario de prensa crítico con el recorte legislativo de la jurisdicción universal, las reflexiones de un antiguo diplomático y escritor italiano, Enrico Calamai, quien había conseguido proporcionar salvoconductos a cientos de argentinos perseguidos durante la Dictadura desde su puesto de Cónsul General de Italia, salvándolos así de su desaparición y muerte, y, que, sin embargo, no podía evitar ahora, años más tarde, un cierto tono pesimista. Ambos habían coincidido al participar en un seminario internacional sobre "La Nueva Diplomacia de los Derechos Humanos", y De Prada reproducía las palabras pronunciadas por Calamai, según las cuales "Diplomacia y derechos humanos son términos antagónicos en su esencia", dando a entender que son los segundos los que siempre pierden. Sin embargo, De Prada exponía un criterio más optimista al respecto, aun con el fuerte reproche incluido, relativo a la restricción de la jurisdicción universal: "(...) continuar con nuestro compromiso serio y cierto contra la impunidad en crímenes internacionales no es una cuestión de ideologías. Se ha mantenido durante varias legislaturas de distinto signo y es, sin duda alguna, una seña de identidad, nuestro mejor valor añadido y una de nues-

estabilizadora (...) a largo plazo garantiza la salud de la democracia"[6]. Tal vez no deba perderse de vista este objetivo.

No es la misma, en cualquier caso, tampoco la conclusión a la que se puede llegar dependiendo de la perspectiva personal o profesional que se tenga en dicho examen; así, por ejemplo, desde la de un miembro del Ejecutivo, un parlamentario, un asesor, un diplomático, un juez, un profesor de Derecho internacional... Tengo que reconocer a este respecto que la posición de quién suscribe estas páginas es una, sin duda, de las más confortables de entre todas las posibles, en la medida en que es la de una humilde profesora de Derecho internacional, con libertad de expresión en un Estado de Derecho, que no representa a ninguna Institución, no sometida a presiones de ningún tipo, y que, si bien no es ajena a los intereses de Estado, y, por supuesto, tiene un sentimiento de lealtad inquebrantable a su patria, siempre intenta situar, simultáneamente, el respeto escrupuloso del Derecho internacional en el horizonte, así como la legítima expectativa de que se fortalezca, o al menos de que el alcance de este ordenamiento jurídico no de pasos atrás, no desande un camino ya recorrido. Desde la óptica en gran medida teórica e ideal, desde la cual un profesor de Derecho internacional observa, y, en definitiva, creo que *debe* observar, estos temas, la conjugación del *interés nacional* y del *interés del Derecho internacional* deberían ser compatibles o al menos hacerse que lo fueran. Al menos, creo, es también mi deber señalarlo, y recordar cuáles son los valores y el alcance de las normas en presencia. No obstante, reitero que la perspectiva de examen condiciona o al menos influye en la percepción de estos temas, e insisto también en que la de un docente e investigador, sobre todo, si no se tiene otro tipo de responsabilidad oficial, como es la situación de quien hace estas consideraciones, es cualitativamente más cómoda que otras, al disfrutar de una libertad de apreciación prácticamente absoluta, y de una lejanía con respecto a las interferencias que pueden llegar a ejercerse en los ámbitos de poder. En cualquier caso, queda claro, a mi juicio, que puede haber múltiples visiones, todas legítimas en potencia, acerca de esta realidad.

En esta dirección, cabe añadir todavía que si bien todo el mundo podía ser consciente de la existencia de presiones en estos ámbitos, la filtración de documentos secretos que el portal de información *Wikileaks* realizó a finales del

---

tras potencialidades hacia el resto del mundo"; J. R. DE PRADA, "Limitar la jurisdicción universal: un error histórico", *El Diario Vasco*, 27-05-2009 (http://www.diariovasco.com/prensa/20090527/opinion/articulos-opinion/limitar-jurisdiccion-universal-error-20090527.html).

6 Editorial "Contra la impunidad. España y la justicia universal", *Política exterior*, núm. 134, marzo/abril 2010, pp. 5 y 6; p. 6.

mes de noviembre de 2010, la mayor que ha tenido lugar en la Historia hasta la fecha, y que afectaba a más de 250.000 *cables* o comunicaciones intercambios entre el Departamento de Estado de Estados Unidos y sus Embajadas en todo el mundo[7], tuvo el efecto de desnudar muchas acciones y formas de proceder, en abstracto y en concreto. Algunas de esas filtraciones afectaban a casos a los cuales podría llegar a plantearse la aplicación del principio de jurisdicción universal. La filtración de estos documentos, que afectaba directamente a la política exterior de Estados Unidos, dejaba ver aspectos relativos, entre otros muchos Estados, a España, y revelaba, en definitiva, la intensidad que podían llegar a tener aquellas interferencias y presiones, y lo difícil que puede llegar a ser no sucumbir a ellas. Todo esto, claro está, rodeando la valoración de los secretos desvelados de las debidas cautelas y arropando, claro está, como se debe, a las personas que no salen bien paradas a la luz de esas filtraciones de la debida presunción de inocencia.

II. UN BREVE RECORDATORIO RELATIVO A LA NATURALEZA Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO, ASÍ COMO A LOS DELITOS A LOS CUALES PUEDE O, INCLUSO, DEBE APLICARSE

Considero que no puede olvidarse que el principio de jurisdicción universal surge porque hay una serie de delitos muy graves, *crímenes*, que por su gravedad se aprecia que atentan contra la comunidad internacional en su conjunto, y por tanto, aunque se plantee su persecución desde el plano interno, se abre o se extiende la jurisdicción nacional, precisamente para compensar las deficiencias de la justicia internacional, dado que es necesario luchar contra la impunidad de esos delitos. El principio de jurisdicción universal es frecuentemente definido como un principio jurídico "que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima"[8]. Así, las primeras referencias al fundamento de la jurisdicción universal cabe encontrarlas en los siglos XVI y XVII, fundamentalmente en las obras de

7 Wikileaks proporcionó esa información a cinco periódicos europeos, entre los que se encontraba el diario español *El País* (los otros eran *The* Guardian, *The New York Times*, *Le Monde* y *Der Spiegel*).

8 K. C. RANDALL, "Universal Jurisdiction under International Law", *Texas Law Review*, núm. 66, 1988, pp. 785 y ss.

Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias, Suárez y Hugo Grocio. De hecho, la formulación doctrinal del principio de jurisdicción universal es una aportación de juristas españoles en el desarrollo del debate que suscita Bartolomé de las Casas por los crímenes, hoy llamados de lesa humanidad, cometidos por algunos españoles en América; y fue a su vez el jurista español Diego de Covarrubias, quien sostenía, a mediados del siglo XVI, que los grandes crímenes contra la Humanidad no deben quedar impunes, y deben ser perseguidos en el lugar en el que se cometieron y, de no ser así, otro país puede arrogarse el derecho de perseguirlos, aunque el delincuente no se encuentre en él[9].

El principal fundamento de este principio ha de extraerse, pues, del carácter de los delitos a los cuales puede aplicarse. Delitos cuya característica principal es que afectan gravemente a valores esenciales de la Comunidad internacional, de modo que pueden entenderse dirigidos contra la sociedad internacional en su conjunto, y a la vez contra cada uno de los Estados que la conforman. Este fundamento del principio de jurisdicción universal es expresado habitualmente de forma categórica[10]. Esto es lo que justifica que los autores de este tipo de crímenes, condenados de modo tan universal, sean considerados enemigos de toda la humanidad, y, por tanto, cualquier Estado que detenga a los presuntos autores pueda ejercer su jurisdicción al respecto y, eventualmente, sancionarlos, en el entendimiento de que el delito en cuestión, al suponer un atentado contra los intereses generales universalmente compartidos, supone a la vez un ataque desde la perspectiva estatal individualmente considerada. De hecho, el principio de jurisdicción universal, a diferencia del resto de los principios de competencia penal "se caracteriza porque no se vin-

---

9 J. GARCÉS, "Epílogo", *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, C. Pérez González y R. Escudero Alday (Editores), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 231-238; p. 233.

10 Así, "for purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction"; Principle 1.– Fundamentals of Universal Jurisdiction; *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* 28 (2001); Princeton University Program in Law and Public Affairs. Esta iniciativa tuvo su génesis en la propuesta efectuada en el año 2000 por William J. Butler y Stephen A. Oxman, miembros de la *Comisión Internacional de Juristas* y de la *Asociación Norteamericana pro Comisión Internacional de Juristas*, respectivamente, a fin de formular principios que pudiesen contribuir a determinar y ordenar los aspectos relativos al enjuiciamiento desarrollado ante tribunales nacionales. El proyecto en cuestión estaba auspiciado por el *Programa de Derecho y Asuntos Públicos* y la *Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Públicos e Internacionales de la Universidad de Princeton*, la *Comisión Internacional de Juristas*, la *Asociación Norteamericana pro Comisión Internacional de Juristas*, el *Instituto de Derechos Humanos de los Países Bajos* y el *Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos.*

cula, en principio, con ninguno de los tradicionales elementos constitutivos de la estatalidad"[11].

Por ello, los delitos a los que pueda aplicarse este principio deben tratarse sólo de delitos *internacionales*, establecidos consuetudinaria o convencionalmente, es decir a través de costumbres o tratados internacionales, ya que sólo los delitos de esta naturaleza y gravedad son los únicos que pueden suponer una amenaza de tal calibre, es decir, un ataque contra la Comunidad internacional en su conjunto[12]. El Estado que tiene la custodia del delincuente, al ejercer su jurisdicción sobre él, actúa en representación de intereses universales. Se ha dicho en este sentido que "a la ubicuidad o cosmopolitismo del delito corresponde la ubicuidad o cosmopolitismo de la ley represiva, de tal forma que el culpable encontrará siempre un juez y una pena sin distinción de nacionalidades y territorios"[13].

Es cierto que este principio no fue aceptado tradicionalmente ni mucho menos como otros principios de jurisdicción extraterritorial, como por ejemplo el de nacionalidad. Fue apoyado en la Europa continental sobre todo a partir del siglo XVII. Pero ello es lógico, ya que se conecta con el propio nacimiento del Derecho internacional, puesto que no es hasta mediados del siglo XVII cuando nace realmente este ordenamiento jurídico, con la Paz de Westfalia. El único delito para el que se admitía la aplicación del principio de jurisdicción universal en un principio era la piratería, en gran medida por las dimensiones que llegó a alcanzar este fenómeno, que llegó a suponer una amenaza para la seguridad de la navegación marítima, crucial ya en aquellos

---

11 A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 37.
Nos parecen sugerentes las palabras del profesor Fernández Sánchez, cuando partiendo, junto a otras premisas, de que "(...) estamos en presencia de violaciones graves de derechos humanos, que tienen una vertiente necesariamente iusnaturalista, o si se prefiere, que tienen su base en valores bien establecidos, como la dignidad humana, la libertad, la justicia o la igualdad, enunciados como principios en la mayoría de las constituciones del mundo", llega a concluir que "podríamos afirmar la existencia de un principio jurídico que atribuye competencia al Estado para el ejercicio de la jurisdicción universal". Y, de ahí, todavía deduce que podría considerarse la jurisdicción universal como "un elemento ontológico del Derecho internacional que determina la existencia y exigencia de lo justo. Es pues, un imperativo de la conciencia social. Y en este sentido, es un principio jurídico"; P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Naturaleza jurídica de la jurisdicción universal", *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, núm. 18, 2007, pp. 333-381; pp. 340 y 341.

12 Según la *Encyclopedia of Public International Law*, todo Estado tiene derecho a detener y a juzgar a una persona por ese tipo de crímenes "definidos internacionalmente", Vol. 10, p. 281.

13 J. J. Diez Sánchez, *El Derecho Penal Internacional. Ámbito Espacial de la Ley Penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 174.

años como vía de comunicación y de tráfico comercial[14]. No obstante, a partir de ahí se va a producir una evolución significativa, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, y tras las II GM se produce asimismo un proceso convencional de incorporación del principio. El principio se aplica fundamentalmente desde entonces a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y los crímenes de genocidio.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe llamar la atención sobre la existencia de una cierta confusión entre el principio de jurisdicción universal con el principio *aut dedere aut judicare*. En efecto, suele realizarse una identificación que muchas veces no procede, puesto que la regla *aut dedere aut judicare* es diferente al principio de jurisdicción universal, incluso cuando se mantiene una versión no absoluta o relativo del principio de jurisdicción territorial (esto es, cuando media una exigencia de que el presunto autor del delito se encuentre en el territorio del Estado), puesto que la obligación alternativa *aut dedere aut judicare*, que contienen numerosos tratados, parte de la premisa de una conexión del Estado con el delito en cuestión. En este sentido, como ha recordado el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que se encarga de la obligación de extraditar o juzgar "(*aut dedere aut judicare*) durante el verano de 2010, la base de la obligación de extraditar o juzgar es "el deber de cooperar en la lucha contra la impunidad"[15]. Cabe indicar, por tanto, siguiendo a L. Benavides, entre otras, las siguientes diferencias principales entre el principio de competencia penal y la regla alternativa: si bien la jurisdicción universal es primordialmente un derecho, el principio *aut dedere aut judicare* es, ante todo, un deber disyuntivo; la jurisdicción universal es un principio de profunda raigambre consuetudinaria, mientras que el principio *aut dedere aut judicare* es fundamentalmente de base convencional, y, de hecho, el alcance de su carácter consuetudinario es en gran medida incierto; el principio *aut dedere aut judicare* ya resulta aplicable a muchos más delitos internacionales (alrededor de unos veinte) que el principio de jurisdicción universal"[16].

---

14 Véase, más extensamente, A. SÁNCHEZ LEGIDO, *op. cit.*, pp. 42-44.

15 Doc. A/65/10, p. 348. Previamente, la AG había hecho suya, a través de su Res. 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la decisión anterior de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo (el tema había sido incluido a su vez en el programa de trabajo a lo largo de la Comisión en su 56° período de sesiones [2004], sobre la base de la propuesta anexa al informe de ese año [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10*, A/59/10, párrs. 362 y 363]). Se nombró Relator Especial a Zdzislaw Galicki. En su 60° período de sesiones (2008), la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema, presidido por Alain Pellet.

16 L. BENAVIDES, "The Universal Jurisdiction Principle", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 1, 2001, pp. 32-36. A este respecto, también se adhiere F. J. BARIFFI, "Ju-

En efecto, la base jurídica del principio *aut dedere aut judicare* es fundamentalmente convencional, en la medida en que ha sido incluido en numerosos tratados, siendo su extensión consuetudinaria en gran medida controvertida. Tanto es así que entre los objetivos de que se está ocupando actualmente la CDI son, además de los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar[17], su "ámbito *ratione materiae*"[18], su "contenido"[19], las "condiciones" de su nacimiento[20], el modo de hacerla efectiva[21], su relación con otros prin-

---

risdicción Universal sobre Crímenes de Guerra: Evolución histórica y su Codificación en el Derecho de Ginebra", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009.

17 Por lo que respecta a los fundamentos jurídicos, los temas a estudiar son los siguientes: 1)"La obligación de extraditar o juzgar y la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad"; 2) "La obligación de extraditar o juzgar en los tratados en vigor: Tipología de las disposiciones convencionales; diferencias y semejanzas entre esas disposiciones, y su evolución"; 3) "Si la obligación de extraditar o juzgar encuentra un fundamento en el Derecho internacional consuetudinario, y en qué medida"; 4) "Si la obligación de extraditar o juzgar está vinculada indisolublemente con ciertos 'delitos de derecho consuetudinario' (por ejemplo, la piratería)"; y 5) "Si se pueden encontrar principios regionales relativos a la obligación de extraditar o juzgar"; Doc. A/CN.4/612.

18 Se trata de determinar "las categorías de infracción penal (por ejemplo, crímenes de derecho internacional; crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; crímenes de trascendencia internacional; otros crímenes graves)" a las que se refiere la obligación de extraditar o juzgar según el Derecho internacional convencional y consuetudinario: "i) Si el reconocimiento de una infracción penal como crimen internacional es una base suficiente para la existencia de una obligación de extraditar o juzgar según el derecho internacional consuetudinario; ii) Si no es así, ¿cuál es o cuáles son los criterios decisivos? ¿Pertinencia del carácter de *jus cogens* de una norma que erige determinados comportamientos en crímenes?; iii) Si existe también la obligación con respecto a delitos de derecho interno, y en qué medida"; *ibídem*.

19 A saber: "i) Definición de los dos elementos; significado de la obligación de juzgar; medidas que es necesario adoptar para que el ejercicio de la acción penal sea considerado "suficiente"; cuestión de los plazos en que debe ejercitarse la acción penal; ii) Si tiene importancia el orden de los dos elementos; iii) Si uno de los dos elementos tiene prioridad sobre el otro —¿tiene el Estado requerido una potestad discrecional?—"; *ibídem*.

20 "i) Presencia del supuesto infractor en el territorio del Estado; ii) Jurisdicción del Estado respecto del delito en cuestión; iii) Existencia de una solicitud de extradición (grado de formalismo requerido); relaciones con el derecho a expulsar a los extranjeros; iv) Existencia, y eventuales consecuencias de una solicitud de extradición presentada anteriormente y rechazada; *Ibídem*. Véase también Doc. A/65/10, p. 348.

21 "i) Funciones respectivas del poder judicial y del poder ejecutivo; ii) Forma de conciliar la obligación de extraditar o juzgar con la discrecionalidad de las autoridades que ejercitan la acción penal; iii) Si la disponibilidad de la prueba influye en el modo de hacer efectiva la obligación; iv) Forma de tratar solicitudes de extradición múltiples; v) Garantías en caso de extradición; vi) Si el supuesto infractor debe permanecer en prisión provisional hasta que se adopte una decisión sobre su extradición o enjuiciamiento; o posibilidades de otras medidas de privación de la libertad; vii) Control del modo de hacer efectiva la obligación; viii) Consecuencias del incumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar"; *ibídem*.

cipios[22] y su relación con la entrega del supuesto infractor a un tribunal penal internacional competente[23].

En lo que atañe a la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, por lo que se refiere al Derecho convencional, está claro, con todo, que las Convenciones de Ginebra sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados, que ya desde hace años han sido ratificadas por todos los Estados, y el Protocolo Adicional I a estos Convenios, relativo a los conflictos armados de carácter internacional, incorporan el principio de jurisdicción universal en su versión absoluta[24]. Dicho de otra forma, el ejercicio de la jurisdicción universal no requiere que los hechos acaecidos tengan ninguna relación con el Estado que la ejerce. Ni siquiera sería necesaria la presencia del presunto responsable en el territorio del Estado. Otra cosa, distinta sería la posibilidad, regulada por el Derecho procesal interno, de juzgar *in absentia*, posibilidad que el ordenamiento jurídico español, como es bien sabido, no permite. Como explica el CICR, "los Convenios no limitan expresamente el ejercicio de la jurisdicción a los acusados encontrados en el territorio del Estado —en otras palabras, no se limitan a estipular una jurisdicción universal *territorial*. En cierto sentido, esto implica que los Estados pueden, y de hecho deberían, ordenar investigaciones o iniciar causas contra los acusados fuera de su territorio— por lo menos cuando su sistema jurídico disponga estos procedimientos"[25]. Por lo que respecta al Derecho consuetudinario, el CICR concluye que "la práctica de los Estados establece esta regla [de que "los Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas

---

22 "i) La obligación de extraditar o juzgar y el principio de la jurisdicción universal (¿implica una necesariamente la otra?); ii) La obligación de extraditar o juzgar y la cuestión general del "título" para ejercer la jurisdicción (territorialidad, nacionalidad); iii) La obligación de extraditar o juzgar y los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*; iv) La obligación de extraditar o juzgar y el principio *non bis in idem* (prohibición de segundo enjuiciamiento por el mismo delito); v) La obligación de extraditar o juzgar y el principio de la no extradición de los nacionales; vi) ¿Qué ocurre en caso de conflicto de principios (por ejemplo: ¿no extradición de nacionales contra no procesamiento en derecho interno? ¿Dificultades para ejercitar la acción penal, contra riesgo de que el acusado sea torturado o no goce de las garantías procesales debidas en el Estado al que se prevé extraditarlo?)?; Limitaciones constitucionales; Carga de la prueba (en qué medida la solicitud de extradición debe ser probada); vi) Circunstancias que pueden impedir el nacimiento de la obligación (por ejemplo, delitos políticos o carácter político de una solicitud de extradición; situaciones de emergencia; inmunidad)"; *ibídem*.

23 La "triple opción": "en qué medida la "triple opción" repercute en las otras dos"; *ibídem*.

24 Arts. 49 y 50; 50 y 51; 129 y 130; 146 y 147 y 85 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del PI.

25 CICR, Informe "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra" (24-02-1999), disponible en el Sitio Web del CICR (http: //www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nst/html/5TDMR2).

armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados"] como una norma de Derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Esta regla (...) significa que los Estados deben ejercer la jurisdicción penal que confiere su legislación nacional a sus tribunales, independientemente de que esté limitada a la territorial y la personal o incluya la jurisdicción universal, que es obligatoria para las infracciones graves"[26].

En lo relativo a los crímenes de lesa humanidad, y si bien la incorporación de una definición de la categoría genérica en instrumentos internacionales de carácter normativo es mucho más reciente, se admite en general la procedencia del principio de jurisdicción universal a título facultativo en el Derecho consuetudinario[27], y a título obligatorio girando en torno al principio *aut dedere aut judicare* en algunos tratados. En cualquier caso, algunos de los crímenes que pueden llegar a incluirse en esta categoría, como la tortura o el *apartheid* requieren una atención individualizada. Con respecto al genocidio, como es bien sabido, la Convención internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, establece que las personas presuntamente responsables de haber cometido este tipo de actos sean juzgadas por un tribunal competente del Estado donde ocurrieron los hechos o, respecto de aquellos que hayan reconocido su jurisdicción, ante el tribunal penal internacional que sea competente[28]. Y, en este sentido, ha de tenerse en cuenta que la práctica posterior de los Estados ha tendido a incorporar en los ordenamientos internos otros criterios, como el principio *aut dedere aut judicare*, junto a los principios de nacionalidad y de personalidad pasiva, para la determinación de la jurisdicción del Estado sobre el crimen de genocidio[29].

Junto a ello, debe reconocerse que el panorama está incompleto si se revisa sólo el Derecho internacional, consuetudinario e internacional, puesto que el principio de jurisdicción universal incumbe igualmente al Derecho nacional. Los Estados están habilitados a conferir jurisdicción universal a sus propios

---

[26] "Norma 158", *El Derecho internacional humanitario. Volumen I: Normas*, J. M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, CICR, 2007, pp. 689 y ss.

[27] Véase CICR, Informe "Jurisdicción universal...", *loc. cit.*

[28] Véase CICR, Informe "Jurisdicción universal...", *loc. cit.*

[29] C. PÉREZ GONZÁLEZ, "Jurisdicción universal y enjuiciamiento de crímenes de guerra: ¿qué obligaciones impone el Derecho internacional público?", *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, C. Pérez González y R. Escudero Alday (Editores), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 131-163; p. 139.

Tribunales sobre ciertos crímenes, no sólo como resultado de una norma o principio de Derecho internacional que les faculta u obliga a hacerlo, sino también como resultado de una norma nacional[30]. Ello explica la falta de uniformidad en el Derecho comparado, y que el ámbito y alcance del principio varíe tanto de un país a otro, y también en parte el hecho de que sea difícil ofrecer un reflejo claro de la situación general[31].

III. UN APUNTE SOBRE LA REFORMA LLEVADA A CABO EN ESPAÑA EN 2009

Es necesario precisar que en el mismo año en que se ha emprendido y entrado en vigor la reforma del principio de jurisdicción universal, 2009, existían en España catorce causas abiertas que afectaban a este vínculo de competencia penal en los seis juzgados de instrucción de la Audiencia Nacional. Eran causas que afectaban a dirigentes o a ex dirigentes de ocho países: *China* (por los crímenes internacionales cometidos en Tíbet), *El Salvador* (por la matanza de varios jesuitas en 1989), *Estados Unidos* (contra varios dirigentes de la Administración Bush, en relación con las condiciones de internamiento en Guantánamo), *Guatemala* (por el exterminio de la población maya), *Israel* (contra siete militares israelíes, entre ellos un ex ministro de Defensa, por la muerte de catorce civiles en Gaza, en 2002), *Marruecos* (por la implicación de trece responsables de la Gendarmería Real y de la policía marroquí denunciados por delito de genocidio y tortura en el Sáhara Occidental), *Ruanda* (por los crímenes cometidos con ocasión del genocidio perpetrado en 1994) y *Argentina* (por distintos crímenes, como desapariciones, torturas y asesinatos, cometidos durante la Dictadura, entre 1976 y1983).

El principio de jurisdicción universal se había instalado en el ordenamiento jurídico español en 1985. En ese año se había incluido en el artículo 23.4 de la LOPJ la previsión de la competencia de la jurisdicción española "para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como" un delito de "genocidio", "terrorismo", "piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves", "falsificación de moneda extranjera", "los relativos a la prostitución", "tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes" y "cualquier otro

---

30 X, PHILIPPE, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad", *International Review of the Red Cross*, junio de 2006, núm. 862, pp. 1-27; p. 5.

31 *Ibídem*.

que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España". Posteriormente, en momentos diferentes se añadieron también las previsiones relativas a los crímenes de "lesa humanidad", los delitos "relativos a la corrupción de menores e incapaces", "tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores" y los "relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España". La regulación de la LOPJ anterior a la reforma de 2009 no exigía, pues, salvo en el caso de la mutilación genital femenina, la presencia del presunto autor del delito en territorio español.

La última reforma relativa a la regulación del principio de jurisdicción universal en la LOPJ tuvo lugar, pues hasta la fecha, en 2009. Requería mayoría absoluta dado su carácter orgánico. La reforma fue consensuada entre el partido en el Gobierno, el PSOE, y el principal partido de la oposición, el PP, pero contó también con otros apoyos[32]. Los sucesos que provocaron que se impulsara la reforma tienen mucho que ver con el malestar generado en las autoridades israelíes, chinas y estadounidenses por las querellas interpuestas ante la Audiencia Nacional española. Más concretamente, hubo un hecho que pareció precipitarla, y fue la visita de una delegación israelí a finales de enero del año pasado, compuesta por tres miembros, entre los que se encontraba la ministra de AAEE de Israel, Tzipi Livni. El hecho de que el impulso de esta reforma se debiera "más a la insistencia del Ministerio de Asuntos Exteriores que a la iniciativa del Ministerio de Justicia" es algo de lo que se han hecho eco incluso quienes han abordado este tema desde fuera del ámbito del Derecho internacional[33], y de lo que dan debida cuenta las actas de los debates mantenidos durante la brevísima tramitación parlamentaria a que dio lugar.

Lo cierto es que la reforma introduce el siguiente condicionamiento: "para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso de tales

---

32 El proceso de reforma contó con el voto a favor de PNV, CIU, UP y D y ERC, con el voto en contra de IU, y con la abstención de BNG y Nafarroa Bai; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 113, de **15 de octubre de 2009.**

33 Véase J. GUARDIOLA GARCÍA, "La reforma del artículo 23.4 de la LOPJ: ¿de jurisdicción universal a jurisdicción extraterritorial?", *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, 2009, pp. 265-268; p. 265 (http://www.uv.es/recrim).

hechos punibles". Parece, pues, que los tres primeros vínculos se exigen sin carácter cumulativo. Pero, aun así, el sentido y el resultado de la reforma es el de limitar considerablemente el alcance del principio, hasta el punto de que pueden surgir legítimas dudas sobre si incluso se ha desvirtuado o desnaturalizado su contenido hasta eliminarlo en ciertos aspectos. En este sentido, puede mostrarse un indicador más o menos tangible del efecto removedor de la reforma: prácticamente la totalidad de las querellas antes citadas, interpuestas ante nuestra Audiencia Nacional, han terminado por ser sobreseídas. Sólo el *caso Couso*, asunto cerrado en 2009, ha sido reabierto, casi contra todo pronóstico, en 2010, al anular el Tribunal Supremo el previo sobreseimiento acordado por la Audiencia Nacional. En todo caso, la acción desveladora de Wikileaks mostraba a finales de 2010 las enormes presiones ejercidas desde Washington y su Embajada en Madrid sobre España para paralizar o boicotear el caso *Couso*, así como otras causas judiciales contra intereses estadounidenses, como los *vuelos de la CIA* y las *torturas en Guantánamo*[34]. Interferencias que bien pueden considerarse absolutamente creíbles, al menos en lo atinente a la presión ejercida de parte estadounidense (otra cosa puede ser en lo relativo a los *secretos* atinentes a la parte española, puesto que, aparte de la siempre debida presunción de inocencia, ya mencionada, y de que, como es lógico, las autoridades españolas afectadas ofrecen otra versión distinta, parece justo reconocer que siempre cabe a su vez un cierto margen de subjetivismo en la elaboración de las crónicas desde la Embajada estadounidense en Madrid en torno a los hechos), fundamentalmente en la medida en que en ningún momento han llegado a ser puestas en entredicho por sus propias autoridades, pues como es bien sabido sus duros reproches hacia las acciones de Wikileaks han sido de otra índole.

IV. LAS RAZONES ALEGADAS PARA DEFENDER ESTA REFORMA Y LAS CRÍTICAS DE QUE ES SUSCEPTIBLE

Para defender esta reforma se han manejado distintas razones jurídicas, algunas de las cuales, a mi juicio, son infundadas, puesto que parecen desde el principio poco convincentes o fácilmente refutables.

---

[34] Sobre Guantánamo, véase M. PÉREZ GONZÁLEZ y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV (2002), 1, pp. 12-39.

Se ha alegado, por ejemplo, la inutilidad de investigar casos que nunca podrán llegar a ser castigados, si la legislación del Estado (como es el caso de España) no permite los juicios en ausencia. No obstante, para refutar esta idea tal vez sea posible referirse a la incomensurable conquista y al efecto simbólico que en algunas circunstancias un simple auto de procesamiento puede tener, como el caso Pinochet puede ilustrar a este respecto. Augusto Pinochet nunca llegó a ser juzgado en España, ni siquiera extraditado desde el Reino Unido, sino sólo detenido en Londres y procesado en la Audiencia Nacional de España. Y, sin embargo, esos hechos marcaron un punto de inflexión en el Derecho internacional, y sin duda también generaron un efecto disuasorio, para otros dictadores, ex dictadores y autores y presuntos autores de graves violaciones de derechos humanos. En efecto, estas órdenes de detención "que se suelen dictar en estos procesos limitan la libertad de movimientos de los implicados, que se ven obligados a tomar cautelas para no ser detenidos en cualquier aeropuerto extranjero"[35]. A su vez, puede tener efectos, concienciando a la opinión pública, también del país donde se cometieron los hechos, preparando el camino para un posible procesamiento en su foro, en la medida en que ello sea factible, sobre todo cuando exista un régimen democrático. Como expresa el penalista Gimbernat, Pinochet "regresó a su país como un cobarde que había perdido el aura que hasta entonces le rodeaba, lo que eliminó los últimos obstáculos para que los propios tribunales chilenos se atrevieran a juzgar no sólo al sanguinario dictador, sino también a muchos de los militares y policías que habían intervenido en la feroz represión pinochetista"[36].

Se ha argumentado también que existe un riesgo de abuso por parte de los jueces y tribunales a la hora de emitir órdenes de arresto sin que existan pruebas concluyentes con la consiguiente generación de innecesarios conflictos internacionales, así como la dificultad de que el juez pueda valorar de manera adecuada los elementos políticos que este tipo de asuntos presentan. Asimismo, se han vertido comentarios acerca del supuesto riesgo de que se genere una jurisprudencia dispar. No es fácil prever, a mi juicio, qué tipo de fragmentación específica podría venir por esta vía. Tal vez pueda afirmarse que, en general, la aplicación de cualquier principio de competencia penal extraterritorial puede traer un cierto factor añadido de heterogeneidad, pero eso en sí mismo no es negativo. Si acaso, la falta de precedentes judiciales en muchos casos es debida a la falta de suficientes mecanismos para garantizar su aplicación. Como señala X. Philippe, el principio de jurisdicción univer-

---

[35] M. CEBERIO BELAZA y M. ALTOZANO, "La Audiencia Universal", *El País*, 10 de mayo de 2009, p. 32.

[36] E. GIMBERNAT, "En defensa de la justicia universal", *El Mundo*, 12 de junio de 2009.

sal debería completarse con normas jurídicas que establezcan fundamentos precisos y definan las condiciones o la naturaleza exacta de las obligaciones. Esto daría lugar a múltiples fundamentos para la jurisdicción universal, o las 'jurisdicciones universales'. Cada una sería un medio en sí. La escisión del principio de jurisdicción universal es necesaria para crear obligaciones estatales más claras. Esta afirmación tal vez no sea revolucionaria, pero podría explicar por qué el principio suele decepcionar tanto en la práctica"[37]. Así, en España, sólo en el caso *Scilingo* pudo llevarse la aplicación del principio de jurisdicción universal hasta el final. Por ello, si el Derecho internacional avanzara en la formulación de una definición concreta acerca de cuáles son las obligaciones concretas para los Estados, el poder discrecional, consustancial con la soberanía, aún dejaría un margen de apreciación incompresible, cuando se trata de la aplicación final de las disposiciones, pero se reduciría[38]. En cualquier caso, el principio de complementariedad supone, indudablemente, un avance hacia una mayor eficacia de la jurisdicción universal. En todo caso, parece necesario repensar su articulación, como propone Philippe[39]. Y cabe añadir expresamente que esa tarea no debería pasar por reducir el alcance o desvirtuar el principio de jurisdicción universal. En efecto, no ha pasado nada (todavía, lamentablemente), al menos a mi juicio, que convierta en superflua la jurisdicción universal o que altere sustancialmente los fundamentos que motivaron su establecimiento en el Derecho internacional y en los ordenamientos jurídicos internos. Esos fundamentos siguen, pues, todavía plenamente vigentes.

Se ha hablado incluso, asimismo, de que la práctica de la jurisdicción universal supone la proliferación de expedientes judiciales[40]. Sin embargo, no parece razonable decir que contribuye a colapsar los juzgados, ya que los asuntos por este motivo sólo ascienden al 0,0005% de los casos pendientes ante la justicia española, tal como ha sido puesto de relieve por conocedores

---

37 X. PHILIPPE, *loc. cit.*, p. 15.

38 Cfr. *ibídem*.

39 *Ibídem*, pp. 25-27. Véase también O. BEKOU y R. CRYER, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A close encounter?", *International and Comparative Law Quaterly*, Vol. 56, Part 1, January 2007, pp. 49-68; especialmente, pp. 60 y ss.

40 En este sentido, la entonces Secretaria de Política Internacional y Cooperación del PSOE, Elena Valenciano, consideraba que estos asuntos no tienen mucho sentido en el contexto de colapso en el que se encuentra la justicia española, afirmando que "la ley debe modificarse para que las investigaciones tengan necesariamente conexión con intereses o ciudadanos españoles", para dejar el resto de los casos "a los tribunales internacionales"; *El País*, 10 de mayo de 2009, p. 33.

de la práctica[41]. A su vez, el propio Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Carlos Dívar decía, en mayo de 2009, abogando por una reforma de las competencias de la Audiencia Nacional, que "no podemos convertirnos en los gendarmes judiciales del mundo" ni estar "a conflicto diplomático diario". Decía, sin duda, la verdad cuando se refería a los conflictos diplomáticos, puesto que estos realmente suelen producirse cuando se admite una querella en el Tribunal de un Estado dirigida contra dirigentes o ex dirigentes de otro Estado. Y este tipo de conflictos son generalmente también percibidos como un problema por todos los Poderes del Estado, incluido el Judicial, en cuanto tal Poder, aun con su Independencia, si bien como es obvio la *Realpolitik* de los intereses prácticos afecta mucho más de cerca al Ejecutivo, al Gobierno, aun con todas las presiones que puede conllevar a su vez para los otros dos Poderes. Con todo, como se señaló más arriba, no doblegarse a esas presiones puede fortalecer la Democracia: "¿acaso la búsqueda y defensa de la justicia frente a los grandes crímenes no ha implicado siempre un precio en tensión e incomodidad?"[42].

Lo cierto es que la reforma ha recibido muchas críticas en los últimos meses de parte, no tanto de políticos, que han sido minoritarias, como de medios de comunicación escrita, y sobre todo, de académicos, incluidos algunos profesores de Derecho internacional y también penal, y miembros de Organizaciones de defensa de los derechos humanos, como *Amnistía Internacional*[43] o *Human Rights Watch*. Desde el punto de vista de quién suscribe estas páginas, es posible estar de acuerdo con la práctica totalidad de las críticas recibidas, y todavía podría añadirse algún otro reproche. Las críticas podrían dividirse, en general, entre las que se refieren a la forma y al fondo de la reforma.

De una parte, por lo que se refiere a la forma, es de lamentar la precipitación con la que se ha efectuado, aprovechando el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación

---

41 A. SEGURA HERNÁNDEZ y R. MAÍLLO, "En defensa de la jurisdicción universal" (disponible en http://www.nodo50.org/csca/agenda09/misc/pdf/endefensadelajurisdiccionuniversal.pdf; visitado el 10 de diciembre de 2010).

42 P. GARCÍA, "Justicia Universal, un recorte que es una claudicación", *La Vanguardia*, 14 de junio de 2009.

43 Pueden verse los comentarios de Amnistía Internacional, destacando que "si España está comprometida en la lucha contra la impunidad, debería garantizar que sus tribunales tiene jurisdicción sobre los delitos más graves y sus presuntos autores. No debería cuestionar, sino apoyar la labor jurisdiccional de los jueces y tribunales, asegurando que no haya injerencias políticas, pues al ejercer su jurisdicción simplemente se están comportando como agentes de la comunidad internacional (...)"; "Coto a la Jurisdicción Universal", *Amnistía Internacional*, agosto 2009, núm. 98, pp. 22 y ss.; p. 23.

de la Oficina Judicial, y sustrayendo así la reforma al debate informado con el que una cuestión de este contenido debería contar. Lo cual ha sido destacado tanto desde el ámbito de las organizaciones no gubernamentales y otras entidades como desde el doctrinal[44]. Así, en este último espacio, el profesor Remiro califica "la primera impresión que produce la enmienda, ya consumada" como "penosa", entre otras razones, en primer lugar, "por la sede y el momento elegido para la reforma. Aprovechar el debate sobre el Estado de la nación para propiciar una resolución del Congreso (19 de mayo de 2009), instando la enmienda del artículo 23.4 de la LOPJ como un vagón añadido a la caravana de la Ley [mencionada arriba] (...) parece una chapuza impuesta por las circunstancias del momento", que tenían que ver por la admisión a trámite de una serie de querellas en la Audiencia Nacional[45]. Y, asimismo, C. Espósito califica, por iguales motivos, la limitación que ha tenido lugar como efecto de tal reforma como "subrepticia" y "de carácter furtivo"[46]. Pero veamos a partir de ahora las críticas que pueden hacerse a la vez desde una perspectiva material.

En efecto, de otra parte, el fondo también es susceptible de recibir más críticas[47]. Así, en primer lugar, la exigencia de los vínculos de la nacionalidad española y de la conexión relevante con España son, a mi juicio, y siguiendo a su vez a internacionalistas y a penalistas expertos en estas cuestiones, inapropiados e improcedentes con respecto a la naturaleza de los crímenes internacionales objeto de persecución a través del principio de jurisdicción universal, puesto que el fundamento de este principio de competencia penal es el carácter internacional y grave de estos crímenes y el compromiso internacional

---

44 Véase el "Manifiesto sobre la Reforma Legislativa que introducirá modificaciones al ejercicio de la Justicia Universal" (2 de junio de 2009), suscrito por un centenar de entidades, mayoritariamente ONG, aunque también por alguna otra asociación como *Jueces para la Democracia* o la *Unión Progresista de Fiscales*. Puede consultarse, por ejemplo, en http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/justiciauniversal-manifiesto-reforma-2009.htm (visitado el 27 de octubre de 2010).

45 A. REMIRO BROTÓNS, "Crímenes internacionales, jueces estatales", *Política Exterior*, núm. 134, marzo/abril 2010, pp. 59-68; p. 64.

46 "C. ESPÓSITO, "Una limitación de carácter furtivo", *El País*, 2 de febrero de 2009. También P. García, señala el recurso a una "salida lateral, por no decir una puerta trasera de nuestro ordenamiento legislativo, aprovechando el trámite de enmiendas al proyecto de ley de Reforma de la Legislación Procesal (...). Al amparo de tal trámite, se quiere introducir este drástico recorte, eludiendo el debate imprescindible ante una medida de tan profunda implicación cualitativa y moral"; P. GARCÍA, *loc. cit.*

47 Algunas de las cuales simplemente vamos a dejar apuntadas, sin entrar en ellas, como el límite supuesto por la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional o los reparos éticos que siempre son fáciles de observar. Véase, a este respecto, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, "Jurisdicción Universal", *El País*, 23-05-2009.

para su persecución[48]. El propio TC español lo había reconocido así en la conocida sentencia 237/2005, recaída en el *Caso Guatemala*, dictada a raíz de una controvertida interpretación *contra legem* previa del TS. Ciertamente, el principio de jurisdicción universal, "a diferencia del resto de criterios, se configura a partir de la *particular naturaleza de los delitos* objeto de persecución". La inclusión por tanto de estas nuevas condiciones en la reforma, es decir, "nacionalidad" del presunto autor, o "conexión relevante con España", a mi juicio, altera y desnaturaliza el principio desde el punto de vista jurídico.

Más en concreto, en relación con la exigencia de víctimas españolas, supone, en realidad, la introducción del principio de personalidad pasiva, base competencial a través de la cual se atribuye jurisdicción al Estado de nacionalidad de la víctima del delito, dondequiera que éste haya tenido lugar. Su principal fundamento está claro. El mismo radica en la protección por el Estado de sus nacionales en el extranjero. Se trata, pues, de un fundamento diferente al de la jurisdicción universal. Cabe señalar, además, que el principio de personalidad pasiva se ha considerado tradicionalmente como insuficiente o menos legítimo o sólido que el de otros principios de jurisdicción[49]. Tal oposición se ha producido principalmente en los países anglosajones, donde siempre se ha protestado vehementemente contra cualquier intento de ejercer la competencia sobre este principio[50]; no tanto así en los países continentales, en los cuales se ha utilizado como complementario de otros principios de jurisdicción.

---

48 M. OLLÉ, *op.* y *loc. cit.*

49 La *Harvard Research* probablemente temió algunos de sus potenciales problemas, ya en 1935, cuando el elaboró su *Proyecto de Convención sobre la jurisdicción de los Estados respecto de los delitos*, pues ni siquiera llegó a incluir este principio entre las bases de jurisdicción de su trabajo, advirtiendo en cierto modo del peligro que el mismo podría suponer si se aplicaba sin las suficientes garantías. Consideraba que "(...) of all principles of jurisdiction having some substantial support in contemporary national legislation, it is the most difficult to justify in theory. Unless circumscribed by important safeguards and limitations, it is unlikely that it can be made acceptable to an important group of States". Y, en el mismo comentario se completaba esa escéptica visión sobre el mismo, al añadir que "it seems clear that the recognition of the latter principle in the present Convention would only invite controversy without serving any useful objective"; Harvard Research, **Draft Convention on Jurisdiction** with Respect to Crime, *AJIL***, Vol. 29,** 1935, pp. 437 y ss.; p. 579.
Asimismo, todavía pueden encontrarse críticas doctrinales relativamente recientes, que advierten sobre los posibles abusos que el principio es susceptible de generar; véase, por ejemplo, B. STERN, "Quelques Observations sur les Règles Internationales relatives a L'Application Extraterritoriales du Droit", *AFDI*, Vol. XXXII, 1986, pp. 7-52; pp. 33 y 34.

50 Cuando eran *otros* Estados quienes recurrían a él, puesto que estas quejas no les ha impedido acudir ellos mismos a él en otras ocasiones. Sobre ello, puede verse C. L. BLAKESLEY,

A su vez, en lo que se refiere a la exigencia de una conexión relevante con España también cabe suscitar importantes reparos. ¿Qué significa exactamente? La incertidumbre dificulta la determinación de su sentido con la necesaria seguridad jurídica. Es preciso tener en cuenta que si se estuviese incluyendo (de nuevo) el principio de protección, la sede más apropiada sería el párrafo anterior de la misma disposición, puesto que en ese lugar ya se recoge tal base de competencia penal[51].

Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty, Transnational Publishers, Inc., New York, 1992, pp. 110 y ss.

51 Por el principio de protección se otorga jurisdicción al Estado cuando importantes intereses nacionales hayan sido dañados o amenazados por el delito, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del sujeto activo. No hay duda sobre que el Derecho internacional reconoce la validez del ejercicio estatal de su competencia sobre esta base, pero las dificultados surgen a la hora de determinar cuál puede ser su verdadero alcance. El principio debe reservarse sólo para aquellos supuestos en que la soberanía, la integridad, la seguridad, en fin, cuando intereses vitales o las funciones gubernamentales esenciales del Estado son perjudicadas o puestas en peligro. Esto ha de conectarse con el fundamento del principio, que es doble, estando los dos aspectos fuertemente ligados entre sí. De un lado, la competencia sobre la base de este principio se asienta o depende de la naturaleza del bien jurídico que se protege, que ha de ser siempre de naturaleza estatal. Como afirma M. Polaino, el criterio determinante de la aplicación del ordenamiento penal conforme a este principio "estriba en la índole de bienes jurídicos nacional-estatales que, conforme a su naturaleza, se consideran esenciales a la propia *organización política* del Estado, y que constituyen el objeto de incidencia típica de lesión o de puesta en peligro típicamente relevantes. Sobre la base del *carácter supraindividual* de los intereses nacionales del Estado, se prescinde tanto de la vigencia del principio territorial como de la del principio personal, para proceder a la directa aplicación del respectivo ordenamiento penal, por mor de una pura exigencia material de los bienes jurídicos de naturaleza estatal afectados por el comportamiento delictivo" (la cursiva pertenece al texto original); M. POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Tomo I (Derecho Penal. Parte General)*, 1ª Ed., Bosch, 2010, p. 481. Véase también F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Introducción al Derecho Penal*, 8ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. De otro lado, la causa última de que se haga necesario recurrir a este principio por el Estado es la falta de protección de sus intereses estatales por las jurisdicciones de otros Estados o, al menos, la inadecuación de la protección que éstas puedan otorgarles. Véase el proyecto de Convención de la *Harvard Research* sobre jurisdicción penal, *loc. cit.*, p. 552.

Pero ¿qué delitos pueden suponer un ataque así? ¿Dónde ha de situarse el límite? Es común entender que el principio justifica la competencia del Estado respecto de delitos como la traición, el espionaje, la sedición, la falsificación de sus documentos oficiales o de su moneda. En todo caso, parece admitido también que los ataques contra la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas y consulares son delitos que justifican la afirmación de la competencia del Estado acreditante sobre esta base jurídica. En relación con todos los delitos que suponen alguna manifestación del terrorismo parece, al menos de entrada, también que podría estar justificada la aplicación del principio de protección. Todos los delitos que proyectan en su comisión elementos o aspectos terroristas son por definición de algún modo lesivos para la seguridad interior del Estado.

En definitiva, el fundamento que motivó el establecimiento de la jurisdicción universal en el pasado, hace ya varios siglos, continúa hoy plenamente vigente. Es más, incluso podría argumentarse que tiene en el siglo XXI todavía más razón de ser, sobre todo con la caída de las fronteras en tantos ámbitos que implica la globalización de la sociedad internacional[52]. En palabras del magistrado Martín Pallín, "las víctimas son universales, y discriminarlas por su nacionalidad limita sus posibilidades de pedir justicia y poner coto a la impunidad[53].

En segundo lugar, la inclusión de la exigencia de que "los presuntos responsables se encuentren en España" parece oponerse al sentido incluido en las obligaciones internacionales que tiene nuestro país con respecto a la represión de los crímenes de guerra. Al ratificar los convenios de Ginebra de 1949, todos los países, entre ellos España, han asumido el deber de perseguir en sus tribunales internos los crímenes de guerra bajo los principios de la jurisdicción universal absoluta, es decir, cualquiera sea el país donde han sido cometidos, la nacionalidad de la víctima y del autor o el país donde éste se encuentra al iniciarse el proceso. Bien es cierto que la norma reformada deja todavía una puerta entreabierta que permite salvar el cumplimiento de las obligaciones de España, en la medida en que se supedita explícitamente en último término a "lo que pudieran disponer los tratados y convenios interna-

---

Por otra parte, parece haberse abierto una vía ya hace algunos años para ejercer también la competencia sobre esta base con respecto a los delitos informáticos. Así lo contemplaba ya a principios de los años noventa el Comité Europeo para los Problemas Criminales (CEPC). Véase http://www.coe.int. Debe señalarse, además, que es el único principio de jurisdicción que permite su afirmación en aquellos casos en que la conducta delictiva no haya llegado a lesionar o suponer un perjuicio para los intereses estatales, siendo suficiente la amenaza potencial o puesta en peligro de dicho bien jurídico; sobre ello puede verse, C. L. BLAKESLEY, *op. cit.*, p. 119.

52 En este sentido, B. DE LA CUADRA ha señalado que "en un mundo que asume con naturalidad la globalización de la economía y de sus crisis —y de la enfermedad, con sus gripes y pandemias—, resulta inquietante que desde los poderes públicos trate de frenarse o entorpecerse la creciente aplicación de la jurisdicción universal, favorable a la globalización de los derechos humanos, bajo protección judicial. Es la única globalización que causa molestias a los poderosos (...). La jurisdicción universal ha roto las fronteras en beneficio de los titulares de los derechos humanos, en el camino hacia un orden público mundial, mediante un poder penal y judicial planetario. Dejar la protección de esos derechos universales en manos del Ejecutivo, para que a través de sus canales diplomáticos inste en los respectivos países infractores la persecución de las violaciones cometidas es, además de antiguo, tan utópico como ridículo (...)"; "Los derechos humanos, globalizados", *El País*, 10 de mayo de 2009, pp. 32 y 33.

53 J. A. MARTÍN PALLÍN, "¿Quién teme a la Justicia Universal?", *El Periódico*, 23 de mayo de 2009.

cionales suscritos por España". Pero aun así no parece que tenga en cuenta, como sería deseable, formal y materialmente, los deberes jurídicos que tiene nuestro Estado en el plano internacional y, no se olvide, interno.

En tercer lugar, la reforma exige que "quede acreditado que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles". La introducción de esta *subsidiariedad* es, a mi juicio, la condición más lesiva para la competencia penal de los Tribunales españoles. Puede llegar a bastar una investigación, incluso fraudulenta, de los hechos en cuestión en el país interesado para que las autoridades judiciales españolas desistan en su favor[54]. Incluso se ha llamado la atención desde el círculo de la doctrina penal sobre el hecho de que simplemente se requiera que exista "'otro proceso' sin requerir literalmente que sea penal; ¿bastaría con una reclamación civil o administrativa", sin exigir que su inicio sea anterior al del incoado ante la jurisdicción española (...)"[55]. En cualquier caso, esta atribución a los tribunales españoles de "la potestad de valorar cuándo hay una investigación y persecución efectiva de tales hechos en otros países —incluido el del territorio— o en un Tribunal internacional" a los efectos de sobreseer

---

[54] En este sentido, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la admisión por parte del Juzgado Central de Instrucción Núm. 4 de una querella en el *caso Al Daraj* (esto es, por el bombardeo realizado en Gaza por las Fuerzas Aéreas israelíes en julio de 2002, a resultas del cual murieron dieciséis palestinos, varios civiles —incluidos niños—), y acordó el archivo definitivo de las actuaciones, entendiendo que hubo por parte de las autoridades israelíes "una verdadera y real actuación, administrativa primero y judicial después, para comprobar la posible comisión delictiva". Véanse las críticas al respecto de R. ESCUDERO ALDAY en "Los tribunales israelíes y la cultura de la legalidad"; *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, C. Pérez González y R. Escudero Alday (Editores), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 167-199; en especial, pp. 196 y ss. Véase, asimismo, M. CAPELLÀ ROIG, "De los asesinatos selectivos de 2002 a los ataques contra Gaza de 2008: ¿un crimen contra la humanidad anunciado?, *ibídem*, pp. 65-104.

[55] J. GUARDIOLA GARCÍA, *loc. cit.*, p. 267.
Además, por otra parte, parece relevante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional español ha llegado a considerar una vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art 24.1 de la Constitución el que, para evitar el archivo, incluso provisional, de las actuaciones, se exija la prueba de hechos negativos, es decir, la prueba de que no se ha procedido a una investigación o persecución efectiva en el Estado en el que se ocurrieron los hechos. Así, la constatación de la pasividad del Estado territorial, que permitiría activar la jurisdicción universal, es para el Tribunal Constitucional el resultado de un ejercicio que en ningún caso debe suponer la exigencia de la prueba "del rechazo efectivo de la denuncia" por los Tribunales de aquél. En palabras del TC, "con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento".

el procedimiento, ha sido incluso criticado incluso por quienes consideran "controvertida" la institución de la jurisdicción universal[56].

Por último, en cuarto lugar, ha de tenerse en cuenta que esta reforma, en la medida en que viene a restringir el derecho de acceso a la jurisdicción de las víctimas, introduce a su vez un retroceso en el cumplimiento del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas en materia de violaciones manifiestas de los derechos humanos e infracciones graves del Derecho internacional humanitario. Pese a que todavía cueste encontrar referencias específicas en los instrumentos internacionales a un derecho específico y autónomo a la verdad[57], es aceptado que los Estados tienen cierto número de obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos que guardan relación con la cuestión del derecho de las víctimas *a saber*, *a la justicia* y *a un recurso efectivo*, así como *a obtener reparación*[58]. Y, en este sentido, también cabe añadir que el derecho a la verdad tiene un vínculo con otros derechos y obligaciones del Estado, pudiendo destacarse, entre otros posibles vínculos, la relación que tiene con el derecho a la justicia y a un recurso efectivo. Puede añadirse igualmente, como se ha puesto de manifiesto por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que "pese a tratarse de un derecho autónomo, el derecho a la verdad está estrechamente ligado a otros derechos humanos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección jurídica y judicial (...), el derecho a una investigación eficaz (...), el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a obtener reparación (...). Como consta en numerosas comunicaciones enviadas por Estados y ONG al ACNUDH, el derecho a la verdad es un derecho fundamental cuyo disfrute pleno y efectivo debe ser garantizado por el Estado"[59].

Teniendo en cuenta todas las críticas vistas, cabe cuestionarse acerca de las posibles respuestas qué cabría encontrar para la situación insatisfactoria en que se encuentra el principio de jurisdicción universal, entre otros, en

---

56 Esta es la opinión del penalista J. M., SÁNCHEZ SILVA, en "Justicia universal española", *ABC*, 30 de junio de 2009.

57 Ciertas disposiciones del Protocolo I a los Convenios de Ginebra se refieren al *derecho* a saber. Véase, a su vez, el artículo 24.2 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

58 Al respecto, véase Y. NAQVI, "El derecho a la verdad en el Derecho internacional: ¿realidad o ficción?", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 862, 2006, pp. 1-33.

59 "El derecho a la verdad", Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada 'Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/5/7, 7 de junio de 2007, Par. 85.

nuestro país. Pero encontrar salidas es muy difícil, y más todavía soluciones[60]. No caben recetas jurídicas mágicas, o al menos sólo *jurídicas*. Hemos visto la profunda interpenetración de este tema con la política, y cómo los factores políticos pueden determinar totalmente muchas respuestas jurídicas. Como señala acertadamente Carmen Pérez González, "sólo una acción concertada de un número significativo de Estados de la Comunidad Internacional podría aliviar la 'carga' política que las acciones unilaterales suponen de hecho para aquellos Estados que se deciden a incorporar o mantener el principio de jurisdicción universal en sus legislaciones, sin introducir ningún tipo de contrapeso de naturaleza política en relación con su aplicación. Una mayor concertación internacional en este sentido, entendida como la incorporación generalizada de dicho principio a los ordenamientos internos —de tal forma que se repartiese la carga (*burden-sharing*) que tanto en términos de asignación de recursos como políticos supone enfrentarse al enjuiciamiento de estos crímenes internacionales— puede ser concebida como la vía idónea para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales [asumidas por los Estados parte de los Convenios de Ginebra]"[61]. La misma autora sitúa sus esperanzas en nuestro continente: "Europa puede resultar clave en este sentido"[62]. Aun así, es consciente de que no es probable una concertación a corto plazo. Y, en cualquier caso, avanzando en el terreno de las meras hipótesis, quizá quepa añadir que, aun cuando una concertación así, sin duda, aliviaría la carga que los Estados pueden llegar a sentir, nada evitaría tampoco que el Estado individualmente afectado se quedara solo ante el peligro implicado por la presión política desatada ante cada episodio de la práctica.

---

60 Máxime cuando ya tiene otros antecedentes. Sobre ello, véase más extensamente A. PIGRAU SOLÉ, "Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso *Guatemala* a la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor J. A. Carrillo Salcedo*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba / Sevilla / Málaga, Sevilla, 2005, pp. 1059-1083. El autor concluye afirmando que "la práctica española de los últimos años en torno al ejercicio de la jurisdicción universal puede leerse como una trayectoria confusa o errática"; *ibíd.*, p. 1082.

61 C. PÉREZ GONZÁLEZ, "Jurisdicción universal y enjuiciamiento de crímenes de guerra...", *loc. cit.*, p. 160. "Dicho cumplimiento se ve, en efecto, perjudicado en la actualidad por el hecho de que sólo una minoría (desafortunadamente decreciente) de Estados de la Comunidad internacional ha seguido esa línea"; *ibíd.*

62 *Ibídem*.

V. CONCLUSIONES FINALES

Esta reforma tiene, a mi juicio, entre otros, los siguientes aspectos negativos, que presentan, en cualquier caso, elementos interconectados. En primer lugar, la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, de 2009, implica una restricción y una regresión del principio de jurisdicción universal, a la vez que desvirtúa y desnaturaliza su contenido. Tanto es así que la habilitación para la competencia penal de los Tribunales españoles que se incluye allí ya no respondería genéricamente a partir de su entrada en vigor a la formulación del principio de jurisdicción universal, en cuanto se somete el ejercicio efectivo de la jurisdicción a unos requisitos que le son extraños, como que existan "víctimas de nacionalidad española" o que se constate "algún vínculo de conexión relevante con España". A su vez, en segundo lugar, la reforma desoye el contenido de obligaciones jurídicas que el DI impone sobre España, al menos con respecto a la represión de los crímenes de guerra, pese a que es cierto que el nuevo texto deja un resquicio para considerarlos excluidos de las nuevas condiciones, al preverse que la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los delitos allí previstos quedará supeditada a la acreditación de los nuevos requisitos "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España". No obstante, tal precisión queda lejos, si no de lo que debe considerarse suficiente, sí al menos deseable. En tercer lugar, la introducción de un criterio de subsidiariedad, respecto siempre a la existencia de otro *proceso* ante otras instancias conlleva, además de los riesgos fácilmente imaginables de fraude en el caso de los Tribunales internos, un considerable grado de ambigüedad e incertidumbre en su formulación, que proyecta nuevas sombras de duda, y hacen a la norma susceptible de una doble crítica en este sentido. En cuarto lugar, cabe señalar, también a mi juicio, que en el proceso de reforma se han primado los argumentos de oportunidad política sobre las razones estrictamente jurídicas. Y, por último, es de concluir que, asimismo, supone un retroceso en la lucha contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

En definitiva, la reforma del principio de jurisdicción universal llevada a cabo en España en 2009 implica hacer retroceder a nuestro ordenamiento jurídico al menos un cuarto de siglo en el tiempo, lo cual tampoco supone, por desgracia, un hecho aislado en la escena comparada. Por ello, reconociendo una cierta tendencia hacia el retroceso también en otras legislaciones nacionales, cabe preguntarse hasta qué punto ello puede afectar al Derecho internacional. En otras palabras, ¿en qué medida esas derogaciones y modificaciones restrictivas llevadas a cabo en los planos legislativos nacionales

pueden ralentizar o afectar negativamente al proceso de humanización del Derecho internacional? No sé con qué alcance, pero lo preocupante es que sí se puede producir esa afectación negativa, no en vano, las reformas legislativas internas, como la llevada a cabo en España, pueden servir de indicador sobre la dosis de voluntad política que los Estados están dispuestos a aportar en la lucha contra la impunidad, y en definitiva en la protección de los derechos humanos en el momento presente, sobre todo cuando existen además otros intereses en juego, que dificultan y hacen incómoda la aplicación, justa y debida, del Derecho. ¿Reticencias estatales nuevas? Quizá no, pero personalmente creo que ese grado de voluntad política que los Estados están dejando entrever no es para que los profesores de Derecho internacional estemos exultantes de alegría. Aun así, siempre cabe desplazar un poco el enfoque, y aunque tampoco llegue a verse la botella medio llena, al menos puede admitirse que, si bien andando unas veces, y también desandando otras, se ha avanzado mucho en el Derecho internacional y en los Derechos internos en las últimas décadas, en la teoría y en la realidad, y es imprescindible que, no sólo los Estados y las Organizaciones internacionales intergubernamentales, sino también la sociedad civil, los ciudadanos..., en definitiva, todos, sigan, sigamos trabajando, cada cual desde su posición, constructivamente, para aportar lo que cada uno pueda a fin de que se sigan produciendo progresos.

ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA FUNCIÓN POLICIAL

Un modelo policial para España

Javier Fernández López
Teniente coronel del ET
Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
Ex profesor de la Academia General Militar
Delegado del Gobierno de España en Aragón

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Cuando un amigo se va algo se muere en el alma, dice la canción. Aunque uno no sea muy aficionado a los cantares, en sus múltiples acepciones, debo reconocer que la frase es muy afortunada, no se pueden encontrar mejores palabras con esta precisión para expresar un sentimiento tan profundo como es el dolor que uno siente cuando un amigo se va para no volver.

Loar la vida de Gonzalo Jar Couselo no es difícil. Basta para ello con ir recorriendo con cierta calma sus años, sus pocos años vividos, hoy una persona en el entorno de los sesenta años es un niño, para poder llenar unas cuantas páginas con dignidad. Si, además, quien pretende hacerlo ha tenido el honor de conocerlo en profundidad, la labor es más que sencilla. Una buena muestra de ello la dieron los muchos amigos que se concentraron en el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado en la tarde del pasado 1 de julio para recordarle, y a los que quiero agradecer su presencia en ese acto. De bien nacidos es ser agradecidos.

Una de las personas que asistió, e intervino, en ese homenaje fue José Luis Rodríguez-Villasante Prieto, director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja, amigo y compañero de Gonzalo en muchas batallas, y promotor de este libro en el que usted, amable lector, está leyendo estas líneas. En la carta que me dirige, invitándome a participar, tiene la amabilidad de decirme que puedo ajustarme al modelo, un breve texto de carácter académico, o bien, si así lo considero oportuno, puedo dedicar el

espacio que me reserva para relatar episodios personales del difunto amigo común. Voy a intentar formular algunas propuestas más o menos académicas sobre uno de los temas que más ocupó, y preocupó, al general Jar Couselo, intercalando de vez en cuando algún recuerdo personal sobre él, dejando muy claro desde el principio que la mayoría de las ideas que voy a plasmar sobre el papel creo que hubiesen sido firmadas por él pero asumo toda la responsabilidad que corresponde a quien firma un escrito.

Gonzalo fue guardia civil, hijo y hermano de guardias civiles; su esposa es nieta de guardia civil. La Guardia Civil fue, es evidente, una de las claves de su vida. Otros muchos guardias civiles tienen parentescos similares pero no por ello todos viven de la misma manera esa *guardiacivilidad*. Me atrevo a decir, y no soy original en esto, que el difunto General de División Gonzalo Jar Couselo no fue un guardia civil típico, y la razón por la que no lo fue la encontramos en su segunda vocación, la universitaria. Desde muy joven frecuentó ambientes universitarios, muchos de sus amigos proceden de este ámbito, y asumió, posiblemente porque estaba predispuesto a ello, con gran pasión, una de las principales características universitarias: el sentido crítico. Trabajó como guardia civil y, a la par, estudió, estudió mucho, y escribió con la libertad que esa dualidad le permitía, siendo crítico con muchas cosas, y eso no fue bien entendido, y le granjeó notables problemas que ahora no vamos a detallar, baste con recordar que su asistencia al curso de mandos superiores (el que habilita para poder ser ascendido en el futuro a general) solo fue posible tras sucesivos recursos y una sentencia firme judicial que obligó a la Dirección General de la Guardia Civil a convocarlo. Creo también necesario dejar constancia de que mantuvo toda su vida amistades con personas de relevancia política y de notoria ideología progresista, lo que le granjeó claras antipatías en lo que podríamos denominar entorno laboral. Demócrata convencido vivió momentos muy tensos en ambientes en los que eran evidentes las resistencias a cualquier cambio respecto de lo que fue el régimen dictatorial del General Franco.

II. HABLEMOS DE ESPAÑA

Hace unos años un general del Ejército español, al que citaré identificándolo exclusivamente con la letra inicial de su primer apellido, S., en situación administrativa de reserva pero vistiendo el uniforme reglamentario, en medio de una conversación entre unas cinco o seis personas, con algunos tintes de discusión, dijo más o menos esto: “a mí es que cuando me tocan a España me

pongo fuera de control". Yo le contesté, advirtiéndole previamente que intentase controlarse, ya que le iba a tocar España, que para resolver un problema es importante definirlo antes con claridad, y, posiblemente, entre nosotros, al hablar de España ha faltado un planteamiento claro y concreto del problema. Lo que ocurre, mi general, le dije, es que usted y yo, y otros muchos, cuando nos referimos a España no estamos hablando de la misma cosa, y, por desgracia, en muchas ocasiones le damos a esa conversación tintes dramáticos.

Este problema no es específico de los españoles. Manuel Chaves Nogales ("La agonía de Francia", Barcelona 2010, p. 4) escribe: *La tarde del domingo en que murió Francia; en unas horas plácidas, banales, de un domingo radiante, Francia, la Francia que creíamos inmortal, se había hundido, quizás para siempre*. Aunque el autor sea español, en la obra citada se está refiriendo a una situación concreta (segunda guerra mundial), francesa, que conoce muy bien pues está viviendo en esos años allí, y lo hace como periodista, tratando de reflejar lo que piensan los franceses, o, al menos, bastantes de ellos, y, como vemos, los tintes dramáticos no son exclusivos de los españoles al referirnos a España.

La situación francesa en los años tratados en ese libro ha sido tema de conversación recurrente entre nosotros. Francia, lo que fue y lo que es, referente muy notable para hablar de España, de lo que fue y de lo que es, así como, muy especialmente, lo que nos gustaría que fuese.

Para Gonzalo Jar, polemista y apasionado defensor de sus tesis, hablar del Derecho Humanitario, de la Ciencia Política, de la Guardia Civil, de Francia, de modelos policiales, era, siempre, buscar una escusa para hablar de España, de una cierta España, muy alejada de aquella que tanto alteraba al general S., cuando se la tocaban. Siguiendo la obra del profesor Álvarez Junco ("Mater dolorosa", Madrid 2002) afirmaba que la España actual es la heredera de la España que nace en la guerra de la Independencia (1808-1814) y que se va definiendo a lo largo de todo el XIX y de gran parte del XX, hasta llegar al presente. España no es sinónimo de Estado español. No es que antes no existiese, sería una falacia afirmar lo contrario, pero las huellas que nos han quedado anteriores al XIX han sido todas, en lo político, reestudiadas y redefinidas en ese siglo de enormes turbulencias. No podemos confundir una realidad física, histórica, soñada, idealizada, económica, jurídica, geográfica, sociológica, etc., con un ordenamiento jurídico y político plasmado en una norma a la que llamamos Constitución. No podemos, no debemos, pero lo hacemos. Cuando el general S. habla de España lo hace de un sueño, de una idealización, de una patria utópica, inexistente, pero que cree real, y que quiere imponer a todos los demás, por las buenas o por las malas. A otros nos gusta más tratar de citar

a España como lo que en cada momento histórico la define mejor, su modelo jurídico político. A otro general español, Gonzalo Jar, le gustaba contraponer la idea de España como patria frente a España definida en una Constitución como un Estado social y democrático de derecho.

III. SEGURIDAD: ASPIRACIÓN MÁXIMA

La Constitución española de 1978 es la más reciente si la comparamos con los países de nuestro entorno político. Es razonable, por tanto, pensar que ha incorporado todas aquellas regulaciones que a lo largo de los años se han ido constitucionalizando en estas democracias más antiguas. En el campo de los derechos y libertades de los ciudadanos la nuestra está considerada una de las más avanzadas del mundo. Disponemos de un amplio listado, y de un completo sistema de protección, por lo ya dicho y por la voluntad del constituyente. En este campo las preocupaciones de los franceses, los pioneros, son hoy muy parecidas a las de los españoles y, entre ellas, figura de forma destacada el anhelo por una seguridad que garantice a todos el ejercicio de nuestros derechos y libertades. Nuestro amigo siempre decía que teníamos que aspirar al máximo, a conseguir una gran seguridad con una ínfima merma en la libertad, y, para ello, había que comenzar por conseguir las mejores Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Y en el trabajo de nuestros agentes influye muy decisivamente el modelo, el diseño de las unidades en las que prestan servicio, entendiendo que en las líneas que siguen solo me referiré a Fuerzas policiales estatales o autonómicas, en ningún caso se tratará de las Policías Locales.

La Constitución española vigente establece en su artículo segundo que *se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones*. De conformidad con este principio, en el título octavo de esta norma se delimitan las competencias que las Comunidades Autónomas que se constituyan podrán asumir, siempre de conformidad con los Estatutos de Autonomía que se aprueben y que serán, artículo 147, *la norma institucional básica* de las mismas. La ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece, de conformidad con estos preceptos citados, que una Comunidad Autónoma puede disponer de unidades policiales, pudiendo darse tres posibilidades:

a) Policía autonómica. Art. 37.1

b) Unidad del CNP adscrita. Art. 37.2

c) Adscripción de una Unidad del CNP exclusivamente para vigilancia y protección de autoridades y edificios autonómicos. Art. 37.3

En el año 2010, cuando ya han transcurrido 32 desde que entrara en vigor nuestra Constitución, nos encontramos en España con cuatro clases de Comunidades Autónomas, atendiendo exclusivamente al tema que estamos tratando. En primer lugar aquellas que han creado Unidades Policiales propias en sentido estricto, Cataluña, País Vasco y Navarra, y que coincide con las Comunidades que desde el primer momento han asumido un alto techo competencial, en ésta y en el resto de materias; en segundo las que tienen una Unidad Adscrita del Cuerpo Nacional de Policía, siendo Galicia la primera que se incorporó a este modelo, asumiendo así una importante competencia sin llegar a formar una unidad dependiente al cien por cien del gobierno autonómico, siendo seguido este modelo por Comunidades Autónomas como Andalucía, País Valenciano o Aragón, por lo que parece que terminará siendo la modalidad más extendida; en tercero las que disponen de la adscripción de una Unidad del CNP exclusivamente para funciones de protección de edificios y autoridades, suponiendo en la mayoría de los casos un paso intermedio hasta acceder al modelo anterior una vez que los Estatutos de Autonomía lo permitan; y, en cuarto, aquellas otras CCAA que no disponen de ninguna Unidad Policial de ámbito autonómico y en cuyos territorios solo actúan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales, es decir Policía Nacional y Guardia Civil con dependencia del gobierno de España.

A simple vista parece un modelo bastante complejo y nada uniforme, pero visto con algo más de perspectiva nos tenemos que fijar en que responde exactamente al modelo que nuestra Constitución ha instaurado para el reparto territorial de poder al crear el denominado Estado de las Comunidades Autónomas. En efecto, nuestro texto fundamental no establece un criterio homogéneo de ejercicio de competencias; por el contrario, establece un principio dispositivo según el cual cada Comunidad Autónoma asume en su Estatuto de Autonomía las competencias que cree oportuno ejercer de aquellas que la propia Constitución fija en los artículos 148 y 149, y tenemos que aceptar, por tanto, que disponer de unidades de policía propias es, para las Comunidades Autónomas, una más de las competencias que asumen o no según la voluntad de las fuerzas políticas representadas en los parlamentos respectivos, plasmándolo en los Estatutos de Autonomía bien en su redacción primigenia o bien tras la oportuna reforma.

IV. UN MODELO COMPLEJO

Cabría preguntarse si otro modelo hubiese sido posible. Tal vez incluso deberíamos plantearnos si otro modelo sería deseable. Entramos, por tanto, en el terreno de lo opinable.

Una tesis, bastante extendida entre mandos de la Guardia Civil, es la de que sería bueno que la competencia sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fuese exclusiva del Estado, siendo solo la Guardia Civil y la Policía Nacional quienes ejerciesen como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dejando, como ya se ha dicho más arriba, al margen de este debate a las Policías Locales. Se trataría, según este modelo, de centralizar en el Gobierno de España la dirección de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tal como ocurre en Francia.

La que podríamos considerar opuesta es aquella que defiende la existencia de Unidades de Policía propias en todas las Comunidades Autónomas, siguiendo un modelo federal, siendo Alemania el país que más se cita como referencia. Se trataría de extender, en este tema, el modelo que ya existe en Cataluña, País Vasco y Navarra, con reparto de competencias, en materia policial, entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. La principal ventaja que se aduce en defensa de este modelo es la de la claridad, con competencias que ejercerían en todas y cada una de las CCAA las policías autonómicas, y con Guardia Civil y Policía Nacional realizando exactamente las mismas funciones en toda España.

Otro elemento de debate es sobre la existencia de una o varias policías con ámbito competencial en todo el territorio estatal. En estos momentos existen dos: Guardia Civil y Policía Nacional. Los diferentes gobiernos estatales desde que entró en vigor la Constitución han mantenido los dos, por lo que debemos entender que, dejando al lado a UCD por su inexistencia en nuestros días, los dos principales partidos políticos con implantación en toda España, PSOE y PP, defienden esta coexistencia, habiéndose producido en 2006 una novedad muy significativa, con gobierno socialista: la creación del Mando Único para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Hay algunas otras voces que no defienden este modelo, como el SUP, sindicato con mayor afiliación en el CNP, que en su noveno congreso, junio 2009, reiteró esta tesis mantenida desde antiguo: “Hay que reformar el modelo, modernizarlo y hacerlo más coherente, coordinado y eficaz para los ciudadanos, y para ello hay que adoptar decisiones que conlleven cambios estructurales en la actual arquitectura del mismo, siendo la primera de ellas la de unificar los dos cuerpos estatales, Policía Nacional y Guardia Civil, en un único Cuerpo de Policía del Estado, por supuesto civil (...)”

A favor del modelo actual se esgrimen argumentos como el de la historia, la aceptación social de ambas policías (en este sentido Nuria Olmedo: "Guardia Civil, ¿policías o soldados?", Córdoba 2004, p. 302, escribe que *la institución ha sido objeto de un gran cambio de imagen y ha pasado de ser percibida por la sociedad como una fuerza represora a serlo como garantizadora de los derechos y libertades de los ciudadanos,* afirmación que yo me permitiría hacer extensiva al CNP), la especialización, y también una mejor utilización por el tamaño actual de GC y CNP que daría, en una hipotética unión, paso a un Cuerpo de dimensiones que dificultarían su gestión; también se afirma que los excelentes resultados que los índices de seguridad están arrojando en estos últimos años (2004-2010) avalan la bondad de la existencia de GC y CNP; otro argumento que se esgrime, a favor de la dualidad, es que países unitarios y tan centralistas como Francia mantienen más de un Cuerpo policial estatal. Por el contrario, quienes defienden el modelo de la unificación sostienen que se podrían suprimir servicios hoy duplicados y que todos los ciudadanos tendrían su seguridad garantizada por los mismos agentes sin la dualidad actual de mundo rural y grandes ciudades repartidas para Guardia Civil y Policía Nacional, lo que incidiría en una mejora en la gestión y coordinación.

Especial atención debe merecer el estudio del carácter, militar o civil, de la Guardia Civil, polémica que acompaña a esta Institución desde su nacimiento. Así Raymond Carr en "España 1808-1975", Barcelona 2000, p. 232 escribe: *la Guardia Civil, como tantas cosas en el programa moderado, se basaba en un modelo francés. Su primer jefe introdujo los principios que habrían de crear el arraigado espíritu de cuerpo del Instituto. Era un cuerpo de élite militar compuesto de veteranos con una paga decente que dependía en lo relativo a la disciplina interna y a los ascensos del Ministerio de la Guerra pero que estaba a las órdenes del Ministerio de la Gobernación*. José López Viadero: "La Guardia Civil en la ley reguladora del régimen del personal militar profesional", en el volumen colectivo "La función militar en el actual ordenamiento constitucional español", Madrid 1995, coordinador Javier Fernández López, escribe que *la Guardia Civil, desde su creación en el año 1844 y más concretamente desde las leyes de reorganización de 1877 y constitutiva del Ejército de 1878, ha estado vinculada al Ejército de Tierra. La Constitución española de 1978 y su desarrollo normativo han ido debilitando esa vinculación hasta el momento actual en que la Guardia Civil no está integrada en las FAS*. A pesar de incluir en su nombre el calificativo de civil ha sido siempre militar y, durante muchos años, ha estado incluso integrada dentro de las Fuerzas Armadas, más concretamente dentro del Ejército de Tierra. La Constitución de 1978 rompe esa pertenencia definiendo con claridad que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no forman parte de las Fuerzas Armadas, sin retirar a la Guardia Civil su

carácter de militar, aunque sin afirmarlo de forma expresa ya que en el artículo 28.1 especifica que: *Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o* ***Institutos Armados*** *o a los demás* ***Cuerpos sometidos a disciplina militar*** *y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos*. Por otra parte, el artículo 8 regula que: *las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, y tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*; y el 104 recoge que: *las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*. Dos artículos distintos, dos misiones diferentes, Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Es perfectamente defendible la tesis de que una fuerza policial, y la Guardia Civil lo es, debería ser estrictamente civil. Pero, una vez más hay que invocar a la historia, la tradición es mucha y la supresión del carácter militar transformaría a la Guardia Civil en otra cosa, distinta, y sin garantía, a priori, de conservar su valoración ciudadana y su magnífica gestión actual. En defensa del mantenimiento del carácter militar hay que añadir que las cada vez más numerosas intervenciones de España en conflictos internacionales están demostrando que la Guardia Civil conjuga a la perfección dos características muy necesarias en esos casos, es una fuerza policial pero con conocimientos y prácticas militares. La solución más sensata es, a mi juicio, la que se está implantando poco a poco, hay que ir suprimiendo "fueros militares", como el disciplinario, el procesal o el penal, reduciendo la actividad castrense de los agentes de la Guardia Civil a los mínimos imprescindibles, acercando su régimen jurídico más al de los miembros de otras policías.

Gonzalo Jar ("Modelo policial español y Policías Autónomas", Madrid 1995) escribe que el modelo policial esbozado en la Constitución de 1 978 no tiene parangón con ninguno otro anterior ya que no hay texto constitucional anterior que contemple la creación de nuevos Cuerpos Policiales. Como rasgo más definitorio del modelo actual cita la ambigüedad y califica a las Policías Locales como las grandes olvidadas del panorama policial español, al que atribuye graves problemas de estructura, con una inflación nada positiva y un excesivo número de agentes, llegando a afirmar que la densidad de miembros de las diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los tres niveles administrativos, general del Estado, autonómico, y local, es la mayor en los países más desarrollados del mundo. Afirma que este modelo, o esta ausencia de modelo (que llega a calificar como p*eculiar, complejo y escasamente eficiente*, en "Legislación sobre Cuerpos de Policía, ámbito estatal, autonómico y municipal",

Madrid 2001, p. 16) provoca que en determinadas zonas de España puedan actuar hasta cuatro policías distintas, sin tener en cuenta la cada vez mayor presencia en nuestras ciudades de miembros de diferentes empresas de seguridad privada.

Estas opiniones de Gonzalo Jar aquí expuestas fueron escritas hace ya unos años y desde entonces el mapa policial español ha variado algo, pero el fondo de lo defendido ha seguido invariable, aunque hoy si su autor pudiese expresar su pensamiento sobre el tema sería tan crítico como lo fue en su día pero mucho más comprensivo, visto el desarrollo que han ido experimentando otras competencias. Hoy podría perfectamente escribir que el modelo policial español responde al esquema constitucional establecido en 1978 para cualquier competencia, con sus virtudes e inconvenientes, pero reconociendo que los resultados en materia de seguridad son excelentes si los comparamos con otros países de nuestro entorno geográfico y político que invierten en esta materia sumas equivalentes, o superiores, a las nuestras.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El tema policial no es el único que despertó el interés de nuestro querido amigo. Si he querido tratar sobre él es porque sí le ocupó muchas horas, profesional e intelectualmente, y sé que le gustaría saber que alguien en este libro homenaje se ocupaba, aunque fuese modestamente, de reflejar alguna de sus ideas sobre ello.

La seguridad es una preocupación creciente entre los ciudadanos y a mayor nivel de desarrollo mayor inquietud. La mal llamada globalización, que sí lo es con los problemas pero no con las soluciones, permite a quienes quieren vivir al margen de la ley disponer de mayores facilidades y los Estados deben dedicarle creciente atención debiendo aspirar a lo que unos párrafos más arriba he denominado, en palabras del general Jar, la "máxima aspiración": mucha seguridad sin merma de libertad. España ha conseguido importantes cuotas de seguridad, como lo demuestran año a año los índices que publican la Unión Europea y demás organismos internacionales que informan de estos temas. Lo está consiguiendo con un número de agentes importante, superior en promedio a los de otros países avanzados de la UE, y con un modelo complejo, bastante más de lo que lo es en otros países como Francia o Alemania, en un caso por centralizado y en el otro por federal. Por todo ello cualquier cambio que se pretenda introducir debería serlo muy gradualmente y en pequeñas dosis. Nuestros agentes han alcanzado un nivel de formación muy

notable y su profesionalidad y dedicación son los adecuados. La gestión de la seguridad, con este modelo, exige un buen esfuerzo en coordinación, algo trabajoso pero no imposible de conseguir. Si nuestra Constitución estableció un modelo de reparto territorial de poder complejo que está dando buenos resultados en general, en materia de gestión policial no tendríamos razones para buscar otro modelo: la complejidad no siempre debe entenderse como sinónimo de algo malo.

Los Derechos Humanos y la Guardia Civil

ANTONIO MORALES VILLANUEVA
General de División de la Guardia Civil

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.– II. DECLARACIONES DE DERECHOS.– III. COMENTARIO CONSTITUCIONAL.– IV. DERECHOS Y DEBERES DEL GUARDIA CIVIL.– V. COMENTARIO A LA SENTENCIA Nº 847 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO).– VI. BIBLIOGRAFÍA.– VII. ANEXO.–

I. INTRODUCCIÓN

Cada etapa de nuestra historia ha tenido una preocupación preponderante y, sin duda alguna, la época griega se caracterizó por el estudio del Cosmos, si bien a partir de la escuela socrática comienza a preocuparse por el hombre; al que Aristóteles calificaría de animal político, relacionándolo con la sociedad humana y con el Estado.

Antes de la aparición del Cristianismo, surge en Roma una concepción espiritualista del ser humano. Sin embargo, como afirma el profesor Montilla Pineda, "la filosofía antigua, no obstante la preocupación socrática acerca de la esencia del hombre y la doctrina aristotélica de la individualización, desconoció completamente el problema filosófico de la persona. En el plano de la naturaleza, único ángulo de visión de la filosofía antigua, el hombre no podía ser sino individuo. La persona es categoría espiritual. Nace cuando en el psicofísico despierta la conciencia de si y de su destino exclusivo, intransferible. Incide en el pensamiento filosófico cuando la teología cristiana afirma el valor inapreciable de cada alma individual".

La aportación del cristianismo a los derechos humanos es indiscutible y reconocida por todos los autores. Ya San Pablo afirmaba: "Ubi spiritus Domini, ibi libertas" (donde está el espíritu de Dios, allí hay libertad). Y el catedrático Castán[1] escribe: "Del mismo modo que corresponde al Cristianismo la gloria de haber hecho patente el concepto de la persona humana, es también suyo el origen de la concepción de los derechos humanos que ahora se llama sub-

---

1 Castán Tobeñas, José: "Los derechos del hombre". Madrid. 1976 2ª edición.

jetivos y de los derechos humanos, que, andando el tiempo y a través de una larga evolución, habrían de ser considerados como derechos naturales e innatos, primero, como derechos del hombre y del ciudadano, después, y como derechos absolutamente humanos y universales que corresponden a todos los hombres, finalmente".

Esta aportación la relacionaríamos con el reconocimiento de un derecho natural. Es decir, con la existencia en el hombre de unos principios comunes a todos los habitantes de la tierra. Así sería reconocido por Santo Tomás y posteriormente por los teólogos de los siglos XVI y XVII: Victoria, Las Casas, Soto, Suárez, etc. Estos derechos eran reconocidos incluso en los no creyentes y tuvieron su reflejo legal en las célebres Leyes de Indias.

En la Edad Media sufren una gran transformación, pues sin negar su existencia se incardinan dentro del grupo al que el individuo pertenece. Surgen, por tanto, los derechos estamentales. De esta forma se reconoce la desigualdad individual basada en el nacimiento y en la pertenencia a una organización estamental. Ejemplo clarividente de esta regulación lo tenemos en la Magna Carta Inglesa (1215) de San Juan Sin Tierra.

Como dice Truyol y Serra[2]: "Si el orden estamental limitaba las oportunidades de los hombres, consagrando su desigualdad social y política de principio en su sistema de tendencia estática, les ofrecía, en cambio, protección dentro del respectivo "status": una protección que en casos extremos podía revestir la forma de auto tutela, de un derecho de resistencia de los estamentos mismos, expresa y continuamente admitido como legítimo en el supuesto de usurpación e incluso de abuso grave de poder".

El absolutismo monárquico luchó contra el abuso de los derechos estamentales, que paulatinamente fueron debilitándose. Por otra parte, se produce una evolución en la doctrina iusnaturalista, adquiriendo un matiz evidentemente racionalista. De esta forma, los derechos del hombre van perdiendo su carácter social para reforzar el individual. Son derechos frente al Poder. Mientras que los derechos naturales, a los que antes nos hemos referido, eran derechos anteriores al Estado: los de esta época son contra el Estado.

Este movimiento tiene su reflejo en las grandes obras de los ensayistas de esta nueva corriente: Locke, con su "Traté du gouvernemde civil" (1690). Montesquieu, en su "Sprit des lois" (1748), hace una apología de la libertad y formula los medios para garantizarla frente a la arbitrariedad de los gober-

---

2 Truyol y Serra, Antonio: "Los derechos humanos". Editorial Tecnos 2ª edición. Madrid. 1977.

nantes. Rousseau (1762), con “Le contrat social”, construye un nuevo orden jurídico y político, basándose en el principio de la libertad inalienable. Finalmente, Kant considera al Derecho como una forma racional que tiene por objeto la libertad. No hemos de olvidar que, para este autor, todos los demás derechos innatos del hombre estaban comprendidos en el de la libertad.

A estos conocimientos doctrinales se une la ascensión de la burguesía, que propugna la supresión de los privilegios de la nobleza y la igualdad ante la ley. Su ideario liberal defiende los derechos de libertad, seguridad, propiedad, etc.

Ambos fenómenos tienen su reflejo en el ámbito constitucional, apareciendo en vanguardia Inglaterra, con los siguientes documentos:

– “Petition of Right” (1628)
– “Habeas Corpus” (1679)
– “Declaration of Rights” (1689)

Constituyeron la base de las declaraciones surgidas de las revoluciones americana y francesa.

II. DECLARACIONES DE DERECHOS

Vamos a analizar las diversas declaraciones de derechos que, a través de los tiempos, se han ido produciendo. Comenzaron teniendo un carácter nacional para posteriormente internacionalizarse, incluyéndose en todas las Constituciones democráticas.

En primer lugar, debemos mencionar la americana. Al margen de la declaración de independencia de 4 de julio de 1776 y las de varios Estados miembros, la verdadera declaración es la de Virginia de 12 de junio del mismo año. Fue redactada por George Mason, y unos autores defienden la influencia de las ideas filosóficas del siglo XVIII, y otros, los principios religiosos de los grupos colonizadores. Para Battaglia, “mientras los textos ingleses no hacen más que confirmar la tradición nacional de las libertades patrias que se especifican en ellos, las costumbres de que en ellos se habla —si bien dichas costumbres aparezcan en el devenir histórico siempre más ricas y complejas, y sean determinadas y particulares en el sujeto a quien se refieren y en el objeto tutelado—, los textos americanos, recurriendo más a la naturaleza que a la historia, como intérpretes de una esencia profunda que liga las cosas y las vicisitudes

de los hombres a Dios, instituyen las libertades universales y reivindican para el pueblo americano los derechos que todos los pueblos deben tener como leyes inmutable del hombre".

Más importancia para nosotros ha tenido la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 y cuyo espíritu perdura actualmente. Se diferencia bastante de la anterior, sobre todo en sus fundamentos filosófico-políticos, así como en su entorno iusnaturalista[3]. Tiene pretensiones dogmáticas y abstractas. Así se deduce de su preámbulo: "Los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre".

Hemos de resaltar la diferencia entre los derechos del hombre y del ciudadano. Para Sánchez Agesta, los primeros "se defienden como ámbito de su vida individual frente a la actividad del Estado", mientras que los segundos "contienen las facultades del miembro de una sociedad política como partícipe del poder".

Muy debatido ha sido el origen de esta declaración, que ha enfrentado en dura polémica a los autores alemanes y franceses[4].

Fueron famosas las discusiones entre Jellinek y Boutmy. La doctrina actual mantiene la tesis de la multiplicidad de fuentes, pues resulta evidente que el mencionado documento se basó en factores históricos y también ideológicos. Es la expresión de la filosofía política de ese siglo, basada en la afirmación de un derecho natural individualista que garantiza a los ciudadanos, a través de las leyes, manifestaciones de la voluntad general, contra los excesos del poder.

Como dice el profesor Castán[5], no ofrece duda, en efecto, el punto de vista individualista (tanto filosófico como político y social) que preside las enun-

---

3 Artículo 2: El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

4 Sobre este tema Vid. González Amuchástegui, Jesús: "Acerca del origen de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789". Anuario de Derechos Humanos, tomo II, Madrid, 1983, pp. 119-145. E. Doumergue: "Los orígenes históricos de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano". Revista de Derecho Público y de Ciencias Políticas, tomo XXI. París. 1904.

5 Castán Tobeñas, José: "Los derechos del hombre", 2ª ed. Madrid, 1976.

ciaciones de la Declaración de 1789, con todas sus consecuencias y que, en armonía con sus finalidades políticas, se limita a enunciar los derechos individuales, sin expresión correlativa de los deberes. Pero esto fue lo propio del ambiente de aquella época. Su texto responde a un proceso histórico favorable al reconocimiento de la personalidad y de las libertades humanas. Precisamente por ello fue inmensa la trascendencia europea y mundial que ejerció la Declaración francesa en orden al reconocimiento de los derechos individuales, como también para la formulación y modelación del moderno Estado de Derecho.

Dentro del clima individualista propio de su tiempo y característico también de la escuela racionalista del Derecho natural, la clásica Declaración francesa representa un grado de avance en el proceso evolutivo de las declaraciones de los derechos humanos, acentuando su carácter universal, presentido ya en los textos americanos. Ninguna declaración anterior realizó una formulación tan general y tan comprensiva de los derechos individuales. Ninguna destacó de igual manera al lado de los derechos de libertad y seguridad personal y, como complemento indispensable de ellos, el derecho de propiedad como "inviolable y sagrado" (art. 17).

Reconociendo la gran importancia y trascendencia de las anteriores declaraciones, es evidente que su contenido era un tanto utópico y abstracto. Por ello, en el siglo XIX se produce una gran transformación al constitucionalizarse dichos principios, a la vez que adquirían el carácter concreto de normas jurídicas positivas. Incluso serian desarrollados por disposiciones de rango inferior, y en algunos casos se establecieron los procedimientos y órganos adecuados para garantizar su defensa.

Por otra parte, no podemos olvidar el proceso de industrialización que se produce en este siglo y, por tanto, el protagonismo que el proletariado (cuarto Estado) va adquiriendo. Surge así el Manifiesto comunista de 1848 y los movimientos sindicales. Este movimiento social se ve también apoyado por la Iglesia —aunque con métodos distintos— y que posteriormente tendría su reflejo en las Encíclicas «Rerum Novarum» (León XIII) y «QuadragésimoAnno» (Pío XI).

De aquí que, junto a la petición de libertad, aparece la de seguridad social, que lleva consigo el derecho al trabajo, al descanso, a un salario justo, al retiro, etc.; la libertad de sindicación y la representación política, que acabaría con el sistema censatario.

Sí importantes han sido las conquistas conseguidas en los dos siglos precedentes, es evidente que no se pueden comparar con las producidas posteriormente. 'Muchas han sido las causas que lo han motivado, pero creemos que las más importantes han sido las derivadas de las dos guerras mundiales.

Como dice el profesor Pérez Serrano[6] «cada guerra, con mayor motivo una guerra como las dos últimas que ha sufrido el mundo, supone un estado de fermentación tumultuosa en que pueblos y aun continentes someten a revisión sus conceptos fundamentales. Y cuando viene la paz y, por tanto, la necesidad de un reajuste que traduzca con fidelidad el nuevo ideario tan afanosamente logrado, la Tabla de valores primarios, el Catálogo de bienes jurídicos esenciales, experimenta la obligada mutación».

Consecuentemente, estos cambios se reflejaron en las Constituciones de los distintos países, recogiendo las exigencias de tipo social y dándoles un cauce jurídico. Las anteriores declaraciones de carácter individualista resultaron falsas, pues el considerar a todos los hombres libres e iguales era una utopía. Se imponía la transformación de los derechos individuales en derechos sociales, que habían de ir acompañados, para ser efectivos, de deberes de la sociedad respecto a los individuos. Las nuevas Constituciones incluyen la protección a la familia, religión, asociación, propiedad, trabajo, educación, etc.

Sin embargo, las garantías internas que los Estados conceden a los derechos humanos son insuficientes y con frecuencia inútiles, porque son los propios Estados los que en su aplicación pueden desvirtuarlas y son ellos, además, los que muchas veces resultan culpables de las mayores violaciones de tales derechos. Si el problema de los derechos del hombre nace de la relación del hombre con el Estado, es necesario que esté por encima de las comunidades políticas y garantice la protección de los repetidos derechos.

Pese a todas las declaraciones y garantías que a los derechos del hombre otorguen las Constituciones, el problema de estos derechos quedaría sin resolver si no se le aborda con un enfoque internacional. Ello exige la protección interestatal. Se explica así el nuevo movimiento de internacionalización de los derechos del hombre surgido con motivo de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, ello exigía con anterioridad unas declaraciones con e! mismo carácter supraestatal y que fueran aceptadas por todos los estados. Hubo algunos intentos meritorios, como el proyecto de declaración de los derechos internacionales del hombre, redactado por el Instituto de Derecho Internacional en 1928-29, y en la Carta de creación de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945; se prometía la promulgación de esta declaración. Ello tuvo lugar en París el 10 de diciembre de 1948, aprobándose la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. Constituye una protesta y una reacción por el desconocimiento y el desprecio que

---

6 Pérez Serrano, Nicolás: "La evolución de las declaraciones de derechos". Madrid. 1950.

contra tales derechos se cometieron como consecuencia de las guerras mundiales. Dada la gran importancia, trascendencia y actualidad de la mencionada Declaración, la acompañamos como Anexo a este estudio.

III. COMENTARIO CONSTITUCIONAL

Entre las diversas clasificaciones que de las Constituciones suelen hacerse tenemos las de originarias y derivadas. En nuestra época es muy difícil encontrar un ejemplo de las primeras, pues todas, en un porcentaje mayor o menor, se incluyen en el segundo. Este es el caso de nuestra actual Constitución, que evidentemente tiene influencias de las normas internacionales, de nuestro Derecho histórico y de las actuales Constituciones europeas. En el tema que hoy queremos tratar es innegable la influencia de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los Pactos de las Naciones Unidas y las Convenciones europeas y sus protocolos adicionales.

En el mismo preámbulo de nuestro texto se habla de que la "Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran"..., establece los derechos y deberes fundamentales en el Título I, concretando los "Derechos y libertades» en el capítulo II del mismo. No vamos a realizar un estudio profundo, sino unas cuantas reflexiones sobre aquellos que consideramos más importantes para nuestro estudio.

El artículo 14 establece que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Sin embargo, esta igualdad hay que entenderla como parificación de los ciudadanos ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, con las mismas cualidades, méritos o servicios y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos o supuestos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos; pero, si son diferentes, la aplicación de la Ley ha de ser forzosamente desigual.

La no discriminación viene reforzada en otros artículos del mismo texto, como sucede con el 16, en el que «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público, protegido por la Ley.

Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

Otro tanto ocurre con el nacimiento, pues «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil»... (art. 39). Ello viene complementado por los artículos 139: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», y el 149, que reserva como competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Ahora bien, esta igualdad no podrá materializarse si el ser humano no está dotado de algo tan fundamental como es la vida. Y precisamente este derecho viene protegido en el artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Este artículo es uno de los más problemáticos y, sin ánimo de polemizar, no podemos olvidar que de una u otra interpretación depende la regulación del aborto. Todos nosotros estamos de acuerdo en la prohibición total y absoluta de las torturas, así como de los comportamientos que ataquen la dignidad de la persona. También desaparece la pena de muerte, excepto para lo que «en tiempos de guerra» disponga el Código de Justicia Militar, Quizá esta referencia, con exigencia de una declaración de guerra, resulta actualmente un tanto anacrónica y poco realista. Por desgracia, estamos asistiendo continuamente a invasiones que no van precedidas de declaraciones de ninguna clase.

El artículo 17 tiene para nosotros una importancia fundamental, pues en el mismo se protege la libertad y la seguridad. Sobre ambos términos transcribo lo que hace años expuse[7]: «El orden público es el marco ideal y necesario en el que pueden desarrollarse las libertades ciudadanas fuertemente arraigadas en cualquier sociedad. Orden y libertad son dos ideas que se completan,

---

7 Vid: Morales Villanueva, Antonio: “Las Fuerzas del Orden Público”. Editorial San Martín, 1980, p. 31.

dos hechos unidos con vínculos indisolubles, porque la libertad sin orden es anarquía, y el orden sin libertad, despotismo. El orden público aparece, pues, formado por la "masa" de las libertades, cuya protección debe asegurar. El mantenimiento del orden público no estaría en ningún caso justificado por la supresión absoluta de una libertad. El orden no es el resultado de una prueba de fuerza entre la seguridad y la libertad, sino el fruto de la coordinación y de la armonía de las libertades».

Lo que nos suele ocurrir es que a veces ponemos un excesivo acento en las libertades y nos olvidamos que para su desarrollo es necesario un mínimo de seguridad. Quizá por ello presente tantos problemas el desarrollo de este artículo «habeas corpus» incluido, en el que se tienen que armonizar las garantías previstas en nuestro texto con la investigación judicial. Evidentemente, nosotros, como Policía judicial, lo único que hacemos es cumplir la norma con toda escrupulosidad y que sean los poderes públicos los que analicen sus consecuencias. Creemos que estamos en la vanguardia de Europa en este campo y no podemos olvidar que nuestra realidad social y el problema terrorista no lo sufren todos los países con la intensidad que el nuestro Por lo que seria conveniente una gran cautela y una dosis de comprensión y esfuerzo. Todo ello respetando la Constitución, pero procurando que su desarrollo no vaya más allá de los limites que la prudencia pueda aconsejar.

No están de acuerdo los autores en considerar si el artículo 18 de la C. E. protege uno o varios bienes jurídicos. Para Alzaga[8] existe un solo bien jurídico, que es el de la intimidad personal, que es «corolario de su dignidad, proclamada en el artículo 10». Según Bajo Fernández[9] existen dos bienes jurídicos: el honor y la intimidad. Aunque sin falsa modestia, nosotros intentamos practicar el primero, que está profundamente enraizado en nuestra esencia; pero quizá sea conveniente comentar qué nos dice la doctrina penal sobre el mismo. Para Frank. existe una concepción objetiva del honor, como representación que del valor y de los méritos de una persona tiene la comunidad. La concepción subjetiva hace equivaler honor y autoestima o sentimiento de la propia valía.

Para Sainz Cantero, y desde un punto de vista cultural, el honor se viene entendiendo como el resultado de un juicio de los miembros de la comunidad sobre el comportamiento de una persona en relación a sus deberes. En senti-

---

8 Alzaga, Oscar: "La Constitución española de 1978". Comentario sistemático. Madrid. 1978.

9 Bajo Fernández, Miguel: "Protección del honor y de la intimidad". Comentarios a la legislación penal, T-I, E densa. Madrid, 1982.

do distinto, y acorde con nuestro texto constitucional. Rodríguez Devesa[10] lo concibe como el «derecho a ser respetado por los demás; a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros. Es un derecho sin el que no se concibe la dignidad inherente a la condición humana, de ella derivado, con independencia de la capacidad física. o psíquica, de la fortuna, raza, religión, posición social o de los méritos o deméritos contraídos con los propios actos».

Íntimamente relacionado con este bien Jurídico, cualquiera que sea la corriente doctrinal por la que nos inclinemos, es el derecho a la intimidad. Mas, ¿qué es ésta? Para Bajo Fernández, es «ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad». De esta forma podemos incluir dentro de este concepto los demás derechos del mencionado artículo: inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, limitación al uso de la informática.

El artículo 19 nos garantiza la libertad de residencia y de circulación. En ambos derechos, sobre todo en el segundo, desempeña la Guardia Civil un papel preponderante, facilitando el movimiento de los ciudadanos, dentro del territorio nacional, con las máximas seguridades y evitando, en lo posible, la producción de accidentes. Encomiable labor la de todo el Cuerpo y especialmente la de nuestra Agrupación de Tráfico.

Este derecho viene reiterado por el artículo 139.2[11] y sólo podrá restringirse por sentencia penal o medidas excepcionales.

Sin duda alguna, uno de los derechos más polémicos es el de la libertad de expresión, con todas sus variantes. Ha tenido infinidad de altibajos desde que, en 1480, los Reyes Católicos los declararon libres de impuestos, considerando «cuan provechosa y honrosa era la introducción de libros para que los hombres se hiciesen letrados».

En el actual artículo 20 se reconocen y protegen los derechos:

– A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
– A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
– A la libertad de cátedra.

---

10 Rodríguez Devesa, J. M.: "Derecho penal español". Parte especial. Madrid. 1980.

11 Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación o establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

– A comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión.

«La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

El tema del secreto profesional ya viene establecido legalmente para algunos supuestos (abogados, médicos, sacerdotes) y está pendiente de regulación para otros casos. Consideramos que determinadas profesiones exigen garantías para su ejercicio, pero nunca deben ser obstáculo a la Administración de Justicia. Lo contrario nos llevaría a la posibilidad de un encubrimiento, muy difícil de desenmascarar.

El ejercicio de los anteriores derechos no podrá restringirse mediante ningún tipo de censura previa, pudiendo acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones u otros medios de información sólo en virtud de resolución judicial.

Sin embargo, estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos, en las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Por otra parte, se diferencian las formas de propiedad pública y privada de los medios de comunicación, que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio de estas libertades. Por ello los somete al control parlamentario, garantizando el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

Hemos comentado aquellos derechos que tienen un carácter individual, por lo que nos corresponde ahora hacerlo con aquellos otros que son ejercidos al mismo tiempo por un número determinado de personas.

Comenzaremos por el derecho de reunión. Fue regulado por la Ley de 15 de junio de 1880, que desarrollaba el artículo 13 de la Constitución de 1876 y que en algunos aspectos ha llegado hasta nosotros a través de la de 29 de mayo de 1976.

La regulación constitucional de este derecho está recogida en el artículo 21[12], que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica de 15 de julio de 1983. Lo considera como un derecho público subjetivo, eliminando el sistema preventi-

---

[12] 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y con armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

vo de autorizaciones y garantizándose «el mismo mediante un procedimiento en sede judicial de carácter sumario que evite las complejas tramitaciones administrativas que hacían ineficaz el propio ejercicio del derecho, de conformidad con lo establecido en reiterada jurisprudencia constitucional».

Se considera reunión «la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con finalidad determinada».

No estarán sujetas a las prescripciones de esta Ley las siguientes reuniones:

- Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios.
- Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad.
- Las que celebren los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas, comunidades de propietarios y demás entidades legalmente constituidas en lugares cerrados para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros o a otras personas nominalmente invitadas.
- Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión.
- Las que se celebren en Unidades, buques y recintos militares, que se regirán por su legislación especifica.

Corresponde a la Autoridad gubernativa proteger las reuniones y manifestaciones frente a quienes trataren de impedir, perturbar o menoscabar su ejercicio. Esta obligación nos viene igualmente impuesta a nosotros por el artículo 104 de la C. E.

El orden de las mismas correrá a cargo de los organizadores, los cuales igualmente serán responsables civiles de los daños que los participantes causaren a terceros.

Las reuniones y manifestaciones podrán suspenderse:

- Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

- Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.
- Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

La celebración de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público habrá de ser comunicada por escrito a la Autoridad gubernativa. Esta podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas que puedan producir alteraciones del orden público, con peligro para las personas o bienes. Por las mismas razones podrá acordar la modificación de fecha, lugar, itinerario, etc. Contra esta decisión cabe el recurso contencioso-administrativo.

El derecho de asociación ha sido reconocido a través de nuestra historia constitucional. En la de 1869 se establecía que "tampoco podrá ser privado ningún español... del derecho de asociarse para los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública" (art. 17), manteniéndose una redacción semejante en la de 1876, si bien sin la última limitación. La de 1931. en su artículo 39, establecía que "los españoles podrán asociarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado.

Los sindicatos y asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la ley"

Pero no solo en nuestras Constituciones, sino en las Declaraciones de Derechos Humanos, así como en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, se reconoce dicho derecho.

Ahora bien, como dice Cobo del Rosal[13] "semejante reconocimiento en modo alguno es absoluto, pues suele ir acompañado de limitaciones, más o menos amplias, que se pretenden conciliar con el fundamento mismo de la libertad de asociación. En relación con dichas limitaciones interesa destacar que se ha producido un doble fenómeno: por un lado, su mayor concreción y, por otro, su incremento. En efecto, es fácil observar cómo de formulas muy generales, expresivas de la propia naturaleza del derecho de asociación, se pasa a una particularización de supuestos que se pretenden relacionar o incluir en el sentido de aquellas formulaciones generales. Y junto a ello, o tal vez precisamente por ello, se observa que realmente se produce un aumento, incluso constitucional, de los limites al derecho de asociación".

---

[13] Cobo del Rosal, M. Y Boix Reig, Javier: "Constitucionalización de los limites penales al derecho de asociación. Derecho Penal y Constitucional", Edensa. T-I, pp. 127 ss.

Este mismo fenómeno puede observarse en las declaraciones internacionales, en las que mediante conceptos jurídicos indeterminados, como seguridad nacional, seguridad pública, orden público, salud o moral pública, etc., se legaliza la restricción de tales derechos. No es que nos opongamos a ello, pues lo consideramos necesario, sino que, basándose en tales conceptos, los Estados pueden convertir el derecho de asociación en una ficción jurídica.

La actual Constitución reconoce este derecho en el artículo 22[14] de la siguiente forma:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

Como vemos, existen en el mismo unas limitaciones de carácter penal que nos remiten al artículo 514 del Código Penal, que considera como asociaciones ilícitas:

1. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.
2. Aquellas a la que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso.

Otras administrativas, por la obligatoriedad de su inscripción registral, aunque sólo lo sea a efectos de publicidad. Y la garantía judicial respecto a su suspensión o disolución.

No ha sido nuestra intención el realizar un estudio —aunque fuere somero— de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Ello nos llevaría mucho tiempo y espacio, por lo que nos hemos reducido a unas cuantas consideraciones sobre los que tienen una mayor incidencia en nuestro quehacer profesional.

---

[14] Está inspirado en el 18 de la Constitución Italiana que establece: "Los ciudadanos tendrán derecho a asociarse libremente sin autorización para fines que no estén prohibidos a los individuos por la ley penal. Están prohibidas las asociaciones secretas y las que persigan, aún indirectamente, fines políticos mediante organizaciones de carácter militar".

Para terminar quisiéramos traer aquí una cita de Lucas Verdú[15] que sintetiza y armoniza lo anteriormente expuesto: “Es obvio que unos derechos y libertades concretos priman los aspectos individuales de la persona en cuanto sustancia racional de naturaleza individual y en otros los de la sociabilidad humana. No hay que olvidar que todos ellos han de armonizar con el principio fundamental del bien común”

IV. DERECHOS Y DEBERES DEL GUARDIA CIVIL

Queremos dejar sentado que el guardia civil, como cualquier otro ciudadano, tiene los mismos derechos y deberes, si bien, limitados en algunos aspectos, por las características de su profesión. No es nuestra intención realizar un estudio exhaustivo, sino solamente hacer referencia a aquellos derechos y libertades que merecen un especial comentario.

La preocupación por este tema se manifiesta en el mismo momento de la creación del Cuerpo, pues en el decreto, origen del mismo de 26 de enero de 1844[16] se establecía “que aunque la libertad política afianzada por la Constitución del Estado, señala ciertas limitaciones que sirven de pauta y freno al ejercicio de la potestad suprema, la libertad civil, expuesta de continuo a los amaños y violencias individuales, no puede subsistir sin firmeza, sin la tutelar vigilancia y sin el robusto apoyo de la autoridad solícita y vigorosa del Gobierno”. Ello enlazaba perfectamente con lo regulado en la “Declaración del Hombre y del Ciudadano” de 26 de agosto de 1789 que en su artículo 12 señalaba: “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por lo tanto, para beneficio de todos y no para utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”.

Dentro de este marco general y de acuerdo con los derechos que a todos los españoles le reconocía la Constitución vigente, el Duque de Ahumada, fundador de la Guardia Civil, fue concretando poco a poco, a través de numerosas circulares e instrucciones, cuáles serían los derechos y obligaciones de los miembros del Cuerpo. Como afirma Martínez Ruiz[17] “Se propone no solo

---

15 Lucas Verdú, Pablo: “Derechos fundamentales y Constitución: 1931 y 1978”. Anuario de Derechos Humanos. T-II. Madrid. 1983.

16 Este Decreto disponía la creación de un cuerpo armado de orden público y fue el que dio lugar a los de 28 de marzo y 13 de mayo del mismo año, en los que se instituía la Guardia Civil.

17 Martínez Ruiz, Enrique: Creación de la Guardia Civil. Editora Nacional. Madrid. 1976.

hacer unos guardias expertos en los casos de servicio, sino también formar humana y moralmente a sus subordinados. Para que el guardia responda a los estímulos que va a recibir de la superioridad, lo primero que hace es darle una gran dignidad y conseguir que sea consciente de ese importante papel. La dignidad y la conciencia de poseerla serán un gran acicate y un acentuado amor propio que desembocará en un fuerte anhelo de superación".

Para conseguir estos fines, empezaría por exigir cierto nivel económico. Fue una de sus primeras exigencias, que se recogió en el decreto de creación de 13 de mayo de 1844 al establecer: "Llegamos ahora al punto capital de esta organización, que es la dotación de sus individuos de tropa, pues la de sus jefes y oficiales es correspondiente al servicio del Cuerpo. Si aquella no es indispensable para proporcionar una subsistencia cómoda y decente, no solicitarán tener entrada en la Guardia Civil aquellos hombres que por su disposición y honradez se necesita atraer. Una peseta y el pan es el jornal de cualquier bracero que no tiene que entretener ni un vestuario, ni un equipo ampliado y lúcido".

Una vez resuelto este importante problema, establece unos principios de actuación, a los que se ajustarían todos los individuos del Cuerpo, y que servirían de base a la futura Cartilla, verdadero código deontológico y moral:

- La principal fuerza del Cuerpo ha de consistir en la buena conducta del individuo que lo compone.
- Los principios generales que deben guiarlo son la disciplina y la severa ejecución de las leyes.
- Debe atemperar el rigor de sus funciones, con la buena crianza, siempre conciliable con ellas; de este modo se grangearán la estimación y consideración públicas.
- El Guardia Civil no debe ser temible sino de los malhechores, ni ser temido sino de los enemigos del orden.
- El Guardia Civil sin moralidad no puede granjearse la estimación pública; debe dar ejemplo del orden, pues está encargado de mantenerlo.
- Los Guardias Civiles deben ser prudentes sin debilidad, firmes sin violencia y políticos sin bajeza.
- Las vejaciones, los malos modos y la grosera altanería deben ser reprobados en el Cuerpo.
- Los enemigos del orden de cualquier especie temerán más a un Guardia Civil sereno en el peligro, fiel a su deber, siempre dueño de su cabeza,

que lleva sus funciones con dignidad, decencia y firmeza, que al que con amenazas y malas palabras no logra más que malquistarse con todos.

- Los Guardias Civiles deben procurar, aún cuando no estén de servicio, nunca reunirse con malas compañías; no entregarse a diversiones impropias de la gravedad y mesura del Cuerpo, procurando siempre reunirse entre sí y fomentar la mayor cordialidad entre sus componentes.
- No basta a los Guardias Civiles presentarse aseados un día de revista, o cuando entre de servicio; deben estarlo constantemente, pues su buen porte y constante aseo, contribuye en gran manera a granjearle la estimación pública, cuya circunstancia nunca debe perder de vista".

Poco a poco va creándose un "estilo" de Guardia Civil. La Autoridad es de tipo paternalista. Debido a lo reducido de la plantilla, los subordinados conocen a los distintos mandos que van teniendo, y se crea entre todos una relación de amistad respetuosa que trasciende a los conceptos de disciplina y subordinación. Se crea una confianza ciega del subordinado en el superior. Este intentará no defraudarle nunca y resolver todos los problemas que se le planteen. La convivencia en la casa-cuartel va creando una cohesión que no existe en ninguna otra corporación.

Otro concepto básico es el de "la disciplina, que es el elemento principal de todo cuerpo militar, lo es aún de mayor importancia en la Guardia Civil, puesto que la diseminación en que ordinariamente deben hallarse sus individuos hace más necesario en este Cuerpo inculcar el más riguroso cumplimiento de sus deberes, constante estimulación, ciega obediencia, amor al servicio, unidad de sentimientos y honor y buen nombre del Cuerpo. Bajo estas consideraciones, ninguna falta es disimulable en los Guardias Civiles". (Artículo 1.° del Reglamento Militar). En este aspecto, sería inflexible, pues no sólo estableció las faltas que preveía las Ordenanzas sino que en el mismo Reglamento se especificaban aquellas otras, protectoras de los bienes jurídicos, que para Ahumada constituían la esencia del Cuerpo.

Consideramos que esta exigencia e inflexibilidad en el mantenimiento de la disciplina fue fundamental y gracias a ello, la Guardia Civil la mantiene con toda escrupulosidad. Pero hemos de aclarar que esta disciplina espartana iba unida a otra virtud esencial: la justicia. Pocos mandos habrán existido en la vida militar española, en los que el principio de justicia estuviese tan arraigado y se practicase tanto. Ninguna falta se disimulaba, pero tampoco ningún servicio que mereciese una felicitación. Bien es verdad que en este aspecto era

un poco meticuloso, pero cuando en su opinión se era acreedor a ello no lo dudaba un momento.

Dada la gran repercusión que la vida familiar puede tener en el servicio, fue dicha institución una de sus primeras preocupaciones. Comenzó reglamentando los requisitos para contraer matrimonio, con el fin de conseguir una adecuada armonía en el mismo, solvencia económica y dignidad para el Cuerpo. Por ello, en la circular de 25 de septiembre de 1845 se autorizaba el casamiento de cuantos guardias lo solicitasen, siempre que tuviesen buena conducta, tanto ellos como sus esposas, procurando que éstas tuviesen algunos bienes de fortuna con que poder sostenerse". A la instancia deberían de acompañar un certificado de buena conducta de la mujer, firmado por el alcalde y el párroco del pueblo. Estos informes tenían que ser inmejorables pues de lo contrario no se le concedería la licencia para contraerlo. Otro tanto —aunque con mayores exigencias— respecto a los suboficiales y oficiales[18].

Faceta importante sería la asistencia médica, que en un principio Ahumada quiso conseguirla de sanidad militar, pero ante los problemas que se planteaban, acudió a los facultativos civiles, que considerarían a los miembros del Cuerpo como "clases menesterosas".

Para los casos de defunción se estableció, y aún existe, una especie de ayuda colectiva por la que se le entrega a los herederos una pequeña cantidad. Igualmente y por orden de 2 de julio de 1845 se reguló la celebración de los entierros del personal del Cuerpo, lo que en cierta forma representaba el carácter austero, sencillo y solidario de la Institución[19].

Respecto a los traslados y como principio, el Duque de Ahumada establece el de la inamovilidad: "Una de las ventajas que la Guardia Civil ha de reportar a los militares de todas las graduaciones que sirvan en ella es la fijeza de su destino, la cual es digna de atención, no solamente en bien de los individuos, sino muy principalmente en el servicio, en atención a que el conocimiento práctico de los terrenos, de las personas y el recíproco de unas clases con

---

[18] Esta regulación era semejante a la establecida en esta época para la Gendarmería francesa. Vid: Le Mariage dans les armies, la maréchaussée et la gendarmerie. Revista "Gendarmerie Nationales" nº 139, abril 1984.

[19] Los retiros, inválidos y montepíos se regulaban en el capítulo IV del Reglamento Militar de la siguiente forma: Los Jefes, oficiales y tropa de este Cuerpo tienen derecho a los mismos retiros e inválidos que los demás militares, según les correspondan a sus años de servicio y su empleo efectivo en el Ejército para lo cual sufrirán los mismos descuentos. Las viudas y huérfanos de los Jefes y Oficiales de este Cuerpo tienen derecho a las pensiones de viudedad que detalla el Reglamento de Montepío Militar a cuyo fin sufrirán igualmente los mismos descuentos.

otras, es de mucha mayor importancia en el servicio de la Guardia Civil que en el resto del Ejército; en su consecuencia los Jefes de Tercio deben cuidar que sólo por vía de castigo se traslade a los Guardias de una a otra provincia, y cuando no haya una necesidad que lo reclame, ni aún de uno a otro destacamento. Cuando un guardia por sus intereses particulares pida el pase a otra provincia, si otro ha de venir a relevarlo, es muy conveniente que sea de común acuerdo entre ambos, pues de otro modo resulta que por favorecer a uno se perjudica a otro, y uno de los modos más eficaces de poder exigir en el servicio de la Guardia Civil la mayor puntualidad, es que el Arma esté regida bajo las bases mas paternales posibles, en cuanto conciliable sea con el servicio". Posteriormente estas normas se modificaron, estableciéndose la incompatibilidad, por razones familiares o de intereses particulares.

El derecho a disfrutar de una vivienda digna fue una de las mayores preocupaciones del fundador de la Guardia Civil. Aportación genuina a la sociología militar y que ha sido enjuiciada negativamente con bastante ligereza. Por nuestra parte, estamos totalmente de acuerdo con Martínez Ruiz[20] al afirmar – "Atendiendo al factor humano, la existencia de la casa-cuartel constituye una verdadera novedad social sin precedentes ni consecuentes directos. Desde la aparición de la Guardia Civil la sociología militar española cuenta con un nuevo elemento, cuya esencia es mucho más humana y compleja que la del acuartelamiento del Ejército oficial... en el cuartel de la Guardia Civil están presentes dos elementos humanos, la mujer y el niño, lo que supone la introducción de nuevas psicologías que van a interferirse con el carácter militar del guardia civil. Pero hay algo mucho más profundo. Esos niños, esas mujeres, esos guardias son algo más que elementos aislados. Su relación es bastante estrecha, íntima, y no responde sólo a la realidad impuesta por una vida común dentro de un mismo recinto. Esos tres grupos de personas se mezclan entre sí porque forman familias. El cuartel de la Guardia Civil no es sino una convivencia de familias: auténtica revolución dentro de la sociología militar, pues es una institución mitad civil, mitad militar en la que se pueden presentar los problemas de ambas partes, incluso combinados entre sí. La presencia de la familia como base de una convivencia militar es el hecho más destacado.

La Guardia Civil, pues, se presenta como una institución militar con fundamento familiar".

Utilizando un lenguaje actual, podemos afirmar que al Guardia Civil, se le reconocían, al crearse el Cuerpo, los siguientes derechos:

---

20 OC p. 81.

- Protector de las libertades de los ciudadanos.
- Respeto a su propia dignidad.
- Salario justo, de acuerdo con su función y categoría.
- Principios éticos de actuación (Cartilla).
- Justicia en las decisiones del mando.
- Protección a la familia.
- Asistencia sanitaria.
- Derechos pasivos.
- Subsidio de defunción.
- Vivienda digna y gratuita.

Si lo comparamos con la Constitución entonces vigente —1845— veremos en la Benemérita, una mayor cantidad y calidad. El Duque de Ahumada se adelantó en un siglo, a muchos de los derechos que posteriormente serían reconocidos. Con posterioridad a la creación del Cuerpo, el estatuto personal de sus miembros, fue evolucionando a medida que lo hacía el de sus compañeros del Ejército. Las Constituciones se van sucediendo; las leyes constitutivas del Ejército, las Ordenanzas y otras disposiciones van estableciendo un nuevo marco jurídico. Sin embargo, es a partir de la segunda guerra mundial cuando las Declaraciones internacionales empiezan a proliferar y su letra y espíritu es recogido en los textos fundamentales. Por ello nos parece interesante comentar los derechos actuales del Guardia Civil, pero no de una manera exhaustiva, sino a simple título enunciativo, comentando aquellos que por, muy diversas razones, tienen una mayor incidencia e importancia. Su contenido es diferente del de la época de la creación del Cuerpo, pero su espíritu continua incólume, así como su meta de subordinar los intereses individuales a los colectivos. Su primer fundamento hay que encontrarlo en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 al establecer: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". En el mismo sentido, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y que ha sido ratificado por España.

La Constitución señala en su artículo 14 que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de naci-

miento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Sin embargo, este principio general tiene algunas restricciones, por lo que lo primero que debemos aclarar es el marco jurídico al que nos vamos a referir. Es decir, las disposiciones que regulan el ejercicio de estos derechos y deberes, por los miembros de la Guardia Civil. De acuerdo con la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el "régimen estatutario de la Guardia Civil será el establecido en la presente Ley, en las normas que la desarrollen y en el ordenamiento militar".

Doctrinalmente se quiere ir ampliando estos derechos y libertades, pero se encuentran graves inconvenientes en conseguirlo[21]. La antigua teoría de que "el Ejército es ciego y mudo" (Vigny), o aquella otra de que "la fuerza armada sea una máquina inconsciente que el Gobierno pueda poner en movimiento apretando un botón eléctrico" (Duguit) han quedado ya desfasadas. El Guardia Civil es, ante todo, un ciudadano que se debe a su Patria, por encima de la pertenencia a una institución de la misma, y por lo tanto ha de participar como cualquier otro, en los avatares de la vida cotidiana.

Bien es verdad, que teniendo presente la delicada misión que el Estado le encomienda y al ser depositario del poder coactivo del mismo, parece razonable que actualmente aún tenga limitados el ejercicio de algunos derechos.

Por ello es esencial el apartidismo del Cuerpo, tanto a nivel individual como institucional. Ahora bien, apartidismo no significa apoliticismo.

El apoliticismo del militar es una aberración que le conduce al vacío intelectual. No podemos olvidar que antes de ser militar se es ciudadano y como tal, animal político, que debe sentir y vivir las inquietudes de sus semejantes[22]. Por otra parte, la tan traída y llevada integración social del militar no podrá conseguirse si no se siente identificado con los problemas de toda índole que se producen en su país. Como dice Prudencio García[23]: "El hecho de que el militar conserve celosamente su no vinculación a ningún grupo político determinado, teniendo siempre muy presente que sus misiones se sitúan en un plano superior al de todo grupo, asociación o partido, no debe de servir de motivo,

---

21 Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, sobre todo los de Dublín de 1970. San Remo 1971, Besançon 1972, San Remo 1976.

22 Azaña en su Obras Completas —p. 508— escribía que el militar necesita ser "un político en la ocupación más amplia del vocablo, que alcance a comprender la vida total de su pueblo y no parezca en ella un extraño, un desterrado, un excluso".

23 García Martínez Murguia, Prudencio: Ejército: Presente y Futuro. Alianza Editorial. Madrid, 1975, p. 34.

ni mucho menos de justificación, para hacerle caer en el extremo opuesto —no menos inadmisible— de un apoliticismo entendido como inhibición absoluta que le condujese a la más garrafal ignorancia de toda problemática social y política".

Los derechos y deberes de los guardias civiles, eran los mismos que los de las Fuerzas Armadas, complementados por sus Reglamentos Militar y de Servicio. Es a partir de la actual Constitución, cuando se produce un cambio radical, al dejar de pertenecer al Ejército de Tierra y definiéndose como un cuerpo de naturaleza militar, pero sin formar parte de las Fuerzas Armadas, si bien continuaba dependiendo de las mismas, en la regulación de algunos aspectos. Poco a poco, se va consolidando esta nueva situación, y comienza a tener su regulación propia, en función de la nueva consideración.

Actualmente, en la materia que nos ocupa, los derechos y deberes de los guardias civiles, tiene como marco normativo, la Constitución, Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ley 42/1999 de 25 de noviembre de Régimen de Personal y la Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre de Régimen Disciplinario. Todas ellas, sirvieron de base para regular los derechos y deberes, por Ley Orgánica 11/2007 de 22 de octubre.

De esta forma se consolidaba la tendencia que hemos expuesto, aunando la naturaleza militar de la Guardia Civil con las funciones, mayoritariamente policiales, que desarrolla.

Hace muchos años que vengo planteando la necesidad de esta regulación. En 1984 me concedieron el "Premio Teniente General Aramburu de Investigación Histórica" y que se publicó en el número 39 de la "Revista de Estudios Históricos de la Guardia Civil", terminando el mismo con una mención a los demás cuerpos policiales y a las asociaciones profesionales de Jueces y Fiscales y afirmando: "Estos y otros factores, han de influir en la futura evolución de los derechos y libertades del guardia civil. Consideramos que deben existir ciertas limitaciones en su ejercicio, pero que estas sean las imprescindibles que exijan el cumplimiento de su misión. Ello lo fundamentamos en el principio de igualdad y sobre todo en el beneficio que reportaría el conseguir una mayor integración con la sociedad a la que sirve y de la que forma parte".

La Ley que comentamos, intenta dotar a la Guardia Civil de un auténtico Estatuto, regulador propio y completo, que aune los valores y pautas propios de un Instituto Armado de naturaleza militar con el desenvolvimiento diario de unas funciones policiales.

La realidad es que su intención, por presiones de toda clase, es regular el derecho de asociación profesional, a la vez que crean un Consejo de la Guardia Civil.

No obstante vamos a comentar aquellos derechos que consideramos más importantes.

En cuanto a la libertad de expresión, la Constitución en su artículo 20 reconoce y protege —entre otros— el derecho a "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción". Esta libertad tiene su límite en el respeto a los demás derechos reconocidos en dicho texto, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia[24].

La ley, en su artículo 7, después de invocar el anterior artículo establece los limites del régimen disciplinario (artículo 7 apartados 16 y 17; artículo 8 apartado 8), el secreto profesional, el respeto a la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos.

Añadiendo, "en asuntos de servicio o relacionados con la Institución el ejercicio de estos derechos se encontrara sujeto a los límites derivados de la observancia de la disciplina, así como a los deberes de neutralidad política y sindical y de reserva".

En resumen, con esta redacción desaparece la libertad de expresión para los guardias civiles. Todo son restricciones y limitaciones.

El derecho de reunión y manifestación se ha desarrollado paralelamente en los ámbitos civil y militar, si bien con una orientación totalmente distinta. Mientras que en el primero, generalmente, ha estado inspirado en principios liberales, en el segundo, su orientación ha sido eminentemente restrictiva.

Su constitucionalización tiene lugar por el texto de 1869 en el que se reconoce el "derecho de reunirse pacíficamente", estableciendo en el artículo 18 que "toda la reunión pública estará sujeta a las disposiciones generales de policía" y que "las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrán celebrarse de día"[25].

---

24 La Constitución de 1812 en su artículo 371 establecía: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes".

25 En sentido semejante se regularía en las Constituciones de 1876 (Artículo 13) y 1931 (Artículo 38).

Este derecho se había regulado con anterioridad por el decreto-ley de 1 de noviembre de 1868, que rezuma liberalismo, con afirmaciones tan retóricas como las siguientes: "Prohibir las reuniones pacíficas ha sido en todos los tiempos señal distintiva de los Gobiernos despóticos. Temerosos éstos de la publicidad, dificulta y con frecuencia imposibilita los abusos, empeñándose en contrarrestar este derecho, cuya realización levanta y fortalece los ánimos, ilustra las inteligencias, concilia las discordias, prepara el terreno a toda clase de progresos y es un poderoso auxiliar de la Administración en los Gobiernos liberales. Esencia de ellos es la publicidad; y la publicidad no existe donde no gozan los ciudadanos la facultad de reunirse para discutir sus intereses, donde a la franca y razonada expresión de las opiniones se prefiere una obediencia inerte, con un silencio propio de las épocas inquisitoriales... Continúa con una expresiva metáfora al afirmar que "semejante al vapor, la libertad, no ofrece peligros sino cuando se la comprime, obligándole a estallar con destructora violencia. Lejos, por tanto, de ser las reuniones pacíficas un elemento perturbador, contribuyen, por el contrario, a esclarecer la verdad, proclamar la justicia, precaver disenciones y garantizar el orden, que sólo es verdadero allí donde se respeta el derecho y se sanciona la libertad sin suspicaces temores".

Sin embargo, no había pasado un año cuando el Gobierno se vio en la necesidad de limitar su ejercicio, pues, "los derechos de reunión y de asociación son, por desgracia, de los que más impunemente se ha abusado, faltando a las prescripciones de la Constitución y de las leyes, y dando ocasión a perturbaciones que empañan la revolución, a abusos que desprestigian la libertad y a crímenes que deshonran a los partidos en cuyo nombre se cometen". Por ello, ordena a las Autoridades y sus agentes, reprimir con mano fuerte y por todos los medios que las leyes ponen a su alcance, los excesos y atentados que se cometan en las reuniones y manifestaciones, deteniendo a los culpables y entregándolos al juez competente[26]. No hemos de olvidar, que el Código Penal de 1870 (artículos 189 a 197) tipificaba los delitos que se cometían en el ejercicio del mencionado derecho. En síntesis venía a respaldar las infracciones administrativas, estableciendo diversas penas según el grado de participación y responsabilidad que tuviesen los manifestantes.

En el ámbito castrense y desde su nacimiento, la regulación fue totalmente diferente. Se dictó la circular de 6 de noviembre de 1868 por la que se prohibía a las clases militares tomar parte en las reuniones o manifestaciones de

---

[26] Vid: Orden de 25 de septiembre de 1869. Posteriormente, y por orden de 7 de febrero de 1875, llegaron a prohibirse las reuniones en calles, plazas y paseos, etc... sin permiso de la Autoridad.

carácter político, siendo recordado su cumplimiento por varias disposiciones posteriores[27] y haciéndolo de manera expresa en el artículo 28 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878: "Queda prohibida a todo individuo del Ejército la asistencia a las reuniones políticas, incluso las electorales, salvo el derecho a emitir su voto si la ley especial se lo otorga". El fundamento de esta normativa hay que encontrarlo en el deseo de los gobiernos de apartar a los militares de su participación en la vida pública, pues "lo que es lícito a los ciudadanos que no pueden ejercer en la opinión de los demás otra coacción que la de su pensamiento o su interés aislado, puede considerarse hasta punible en los que tienen la influencia del mando o de la categoría en el elemento armado por el estado para hacer respetar la ley por los que la desacatan o la olvidan".

Actualmente la Constitución regula este derecho en su artículo 21 con el siguiente contenido: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa".

En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Se ha desarrollado por ley Orgánica n.° 9 de 1 5 de julio de 1 983, que en algunos aspectos se ha inspirado en la centenaria de 15 de junio de 1880.

En la parte que nos interesa, exceptúa de su ámbito de aplicación las reuniones "que se celebren en unidades, buques y recintos militares".

En cuanto a los guardias civiles no podrá organizar manifestaciones de carácter político o sindical.

Las que se celebren en dependencias oficiales deberán ser comunicadas previamente al jefe de la unidad.

No podrán asistir a manifestaciones o reuniones vistiendo el uniforme reglamentario, ni portando armas y deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil.

Sin duda alguna, el derecho más relevante es el de asociación (artículo 9). Se encuentra reconocido en la Constitución por el artículo 22, si bien habrán de inscribirse en el registro correspondiente a "los solos efectos de publicidad", siendo ilegales las que "persigan o utilicen medios tipificados como delito" y no pudiendo disolverse o suspenderse como no sea "en virtud de

---

[27] Ordenes de 7 de octubre de 1871; 4 de febrero de 1875; 7 de febrero de 1876.

resolución judicial motivada". Se prohíben "las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar"[28].

En el marco castrense ha existido siempre gran preocupación por la creación de sociedades deportivas, artísticas o culturales, cuyos socios podrían ser militares en activo, retirado e incluso civiles. Prueba de ello, lo constituye el decreto de 9 de abril de 1900[29] que regulaba su creación y funcionamiento y en cuya exposición de motivos se decía: "No tiene, en efecto, razonable explicación que materia de suyo tan ocasionada a influir en la disciplina como la de la creación y existencia de Círculos y Asociaciones o Corporaciones de militares, quede exclusivamente regida, como está hoy, por la autoridad del gobernador y el fallo de los Tribunales civiles, y no sólo el espíritu, sino la propia letra y disposición expresa de la ley general de Asociaciones de 30 de junio de 1887, excluye previsoramente de sus preceptos cuanto se relacione con el Ejército, puesto que exceptúa de ellos a los institutos que existen o funcionan en virtud de leyes especiales, y el Ejército es, según su propia ley constitutiva, institución especial, y por la propia razón lo es la Armada".

El artículo 28 del texto constitucional consagra la libertad sindical, si bien, la "ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas Armadas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a la disciplina militar[30].

A nivel internacional, Casado Burbano[31] nos lo sintetiza en los siguientes términos: "En Francia e Italia se siguen criterios prohibitivos, sin perjuicio de permitirse la continuidad en la afiliación a los que prestan servicio militar obligatorio en tanto se abstengan de toda actividad sindical. En Gran Bretaña no se admiten sindicatos o asociaciones profesionales de militares, pero éstos pueden adherirse a los sindicatos ordinarios. No existe una prohibición expresa respecto a los militares norteamericanos, pero a éstos les esta vedada toda negociación colectiva o en voz de cuerpo y todo género de diálogo con grupos profesionales o sindicatos. En Bélgica, los militares pueden integrase en asociaciones de carácter personal autorizados o en organizaciones sindicales representativas de otros funcionarios públicos. En Alemania se sigue un criterio permisivo respecto a los militares profesionales y en Holanda, donde existe una gran tradición asociacionista militar, los militares pueden afiliarse a asociaciones y sindicatos tanto militares como de carácter interprofesional".

---

[28] Este artículo está influenciado por el 28 de la Constitución Italiana.

[29] Se desarrolló por Orden de 6 de octubre del mismo año.

[30] La Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de libertad Sindical exceptúa el derecho a sindicarse "los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar".

[31] "Iniciación al Derecho Constitucional Militar", p. 148.

Los Guardias Civiles pueden asociarse para la defensa y promoción de sus derechos y intereses profesionales, económicos y sociales. Estas asociaciones no podrán llevar a cabo actividades políticas o sindicales, ni formar parte de partidos políticos o sindicatos. El problema que se plantea, es las coincidencia de actividades entre las asociaciones profesionales y los sindicatos. Lo analizaremos al comentar la sentencia nº 847 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En cuánto al sufragio pasivo la Constitución en su artículo 1.2 señala que "la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado". Por ello, todos los españoles, sin discriminación alguna por "razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", podrán participar en las grandes decisiones del Estado.

Este derecho de participación viene garantizado por el artículo 23 del Texto Fundamental al ordenar que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal".

Este mismo artículo en su apartado 2 establece que "tienen derecho (los ciudadanos) a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". La propia Constitución, en el artículo 70.1.e, afirma que la "ley electoral determinará las causas de ineligibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderá en todo caso: A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo".

La Ley Orgánica 5/85 de 19 de junio del Régimen Electoral General, reproduce el anterior apartado, pero en su artículo 7.4 establece: "Los Magistrados, Jueces, Fiscales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías en activo tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación.

De ser elegidos, la situación administrativa que les corresponda podrá mantenerse, a voluntad de los interesados, una vez terminado su mandato, hasta la constitución de la nueva Asamblea parlamentaria o Corporación Local".

Vemos que diferencia a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por lo tanto a los guardias civiles, del resto de los militares, abriendo la posibilidad de una regulación más progresiva.

Antes de reflexionar sobre esta temática queremos manifestar nuestra total adhesión a las teorías que propugnan la neutralidad política de las Fuerzas Armadas, como institución y el apartidismo —no apoliticismo— de sus miem-

bros[32]. Sin embargo, no podemos ignorar que el militar —como cualquier ciudadano— puede sentirse llamado a participar en algunos cargos electivos y aportar su leal colaboración y entrega. En nuestra opinión, el rol del militar, con su austeridad, sacrificio, espíritu de servicio, honestidad, entrega, culto a los valores de la patria, etc., no está reñido con el del político. Además es un técnico en un campo de la Administración, que, por muy diversas razones, es bastante desconocido para la mayoría de las personas —incluidos los políticos—. Se nos puede decir que la regulación actual no se lo impide, pero ello es sólo verdad desde el punto de vista técnico, pero no práctico. El artículo 132 de la primera Ley Constitutiva del Ejército establecía que “los militares gozarán de todos los derechos civiles lo mismo que los demás ciudadanos, y las Ordenanzas fijarán la diferente forma en que han de usar de ellos en los casos en que así lo exija la naturaleza de su profesión”. Respecto al derecho comparado citaremos los correspondientes a Francia e Italia, considerados los más aplicables a nuestra idiosincrasia[33]. El estatuto general de los militares en Francia (en el que se incluye la Gendarmería), aprobado por ley de 13 de julio de 1972 y que junto con el Reglamento de disciplina de 28 de julio de 1975, están vigentes, establece en su artículo noveno que “los militares pueden presentarse como candidatos al desempeño de cualquier función pública electiva. En este caso no se aplicarán las disposiciones de los tres últimos párrafos del artículo 7 (libertad de expresión en materia política) ni la prohibición de adherirse a partidos políticos prevista en el primer párrafo de este artículo que queda en suspenso durante la campaña electoral”. Una vez terminado su mandato, vuelve a su actividad normal. Sin embargo, la doctrina no está de acuerdo con esta reglamentación, por considerarla poco progresista[34]: “¿En qué condiciones pueden los militares presentarse a las elecciones? La prohibición de pertenecer a un partido político —extendida a todos los militares— no existe para los que quieren ser candidatos a unas elecciones, pero no pueden adherirse a la formación de su partido sino 15 días antes de que se abra la campaña electoral... Esta reglamentación resulta totalmente incoherente.

¿Cómo podemos pensar que un partido aceptará presentar a unas elecciones legislativas a un candidato que haya obtenido el carnet del partido quince días antes del comienzo de la campaña?”.

Respecto a Italia, la ley de 11 de julio de 1978 señala en su artículo 6 que “los militares candidatos a las elecciones políticas o administrativas pueden

---

32 Según el artículo 152 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos...”.

33 No citamos al belga u holandés, donde se le reconoce incluso el derecho a sindicarse.

34 Vid Jacques Robert: Libertes Publiques et Défense. Revue du Droit Public. T. XCIII, n.° 5.

desenvolver o realizar libremente actividad política y de propaganda fuera del ambiente militar y con traje civil. Estos son pasados a la situación de licencia especial durante el tiempo de la campaña electoral. De acuerdo con las disposiciones legales que se refieren a la colocación en expectativa de los militares de carrera elegidos miembros del Parlamento o investidos de cargos electivos cerca de los entes autonómicos territoriales, los militares de reemplazo o movilizados que hayan sido elegidos para una función pública, provincial o comunal, deberán compatibilizarse con las exigencias del servicio, ser destinados a un centro o unidad que les permita el cumplimiento de las particulares funciones para las que fueron elegidos y concederles el tiempo que para las mismas fuese necesario".

En resumen, aun no se ha producido la integración de la sociedad militar y civil.

Los políticos se han convertido en una casta, que han profesionalizado su actividad y de la que no quieren salir. Algunos lo harán por un verdadero servicio a los demás, pero la mayoría lo realizan para servirse a si mismo y hacen de esa actividad un medio de vida. Se debería facilitar esta integración civil-militar en bien de la sociedad y limitar a TODOS su permanencia en la política.

En cuanto a los demás derechos, estamos totalmente de acuerdo en que no puedan ejercer el derecho de sindicación, pues bastante carga tenemos con los que ya existen y el poco servicio que prestan a la sociedad. Otro tanto podemos decir en cuanto al derecho de huelga o acciones sustitutivas o similares.

Aunque está recogido en la Constitución nos parece una antiguaya que el derecho de petición solo se pueda ejercer con carácter individual. Otro tanto ocurre con el acceso al Defensor del Pueblo.

V. COMENTARIO A LA SENTENCIA Nº 847 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)

Esta sentencia ha tenido una gran repercusión en la Guardia Civil, así como en todos los medios de comunicación, anulando una resolución de la Subdelegación del Gobierno (Madrid) que prohibía la celebración de una manifestación, convocada por dos Asociaciones profesionales del Cuerpo.

El Abogado del Estado y Ministerio Fiscal se oponen a la celebración de la manifestación porque su contenido y el objetivo de la misma, es claramente sindical, y los convocantes no son titulares de dicho derecho, por prohibirlo la Constitución y la Ley.

Se basan en la intención de los convocantes, de realizar una acto público dirigido a afiliados, familiares y simpatizantes de AUGC y de UO, bajo el lema ¡BASTA DE ABUSOS CON LOS GUARDIAS CIVILES! ¡CONDICIONES LABORALES Y PROFESIONALES DIGNAS! ¡YA!

Siendo sus principales reivindicaciones las siguientes: la regulación de una jornada laboral digna y una mayor equiparación con otros cuerpos de policía; la actualización del régimen de personal del Cuerpo (Unificación de Escalas de Oficiales y adaptación de la formación de los Guardias Civiles al Plan Bolonia); la implantación de la necesaria prevención de riesgos laborales y el reingreso de los guardias civiles expulsados por su actividad asociativa.

Estas reivindicaciones las consideran de carácter sindical.

Ahora bien el artículo 9 de la Ley Orgánica 11/2007 de derechos y deberes establece que, "los Guardias Civiles tienen derecho a asociarse libremente y a constituir asociaciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 22 y 104.2 de la Constitución y en esta Ley Orgánica, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales".

Las asociaciones de Guardias Civiles no podrán llevar a cabo actividades políticas o sindicales, ni formar parte de partidos políticos o sindicatos.

El Título V regula los derechos profesionales de los miembros de la Guardia Civil, entre los que se encuentran, el régimen de ascensos, destinos, condecoraciones... así como "el derecho a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo...".

La STC 67/1985 de 25 de mayo establece que el derecho de asociación que regula el artículo 22 CE "se refiere a un género —la asociación— dentro del cuál caben modalidades específicas", entre ellas las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero mas allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda se equiparado al mismo a los efectos del artículo 28.1 CE.

Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación

de la legalidad en el sentido mas favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, F. 6) y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan tanto histórica como legalmente. Entre tales rasgos o caracteres, figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias (SSTC 98/1985 de 29 de julio (RTC 1985/98, F. 2; 134/1994 de 9 de mayo (RTC 1994/134 F. 46) y 74/1996 de 3 de abril F. 4) se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el artículo 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar.

La Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de libertad sindical reconoce a todos los trabajadores el derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales, precisando en sus apartados que: "A los efectos de esta ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas y excluyendo de este derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar; así como a los Jueces, Magistrados y Fiscal.

Podemos concluir, afirmando que las Asociaciones Profesionales y los Sindicatos tienen un conjunto de actividades comunes, diferenciándose en que estos últimos además tienen, el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal.

Actividades, éstas últimas, que no iban a realizar las Asociaciones Profesionales de la Guardia Civil que habían solicitado la autorización de manifestarse.

A mayor abundamiento, la Subdelegación del Gobierno de Madrid había autorizado sendas concentraciones (05-07-10 y 31-08-10) con las mismas reivindicaciones que este caso.

Por todo ello, el Tribunal, declara nula la resolución de la Subdelegación del Gobierno, reconociendo el derecho de reunión —y manifestación— de los actores para la defensa y promoción de sus intereses profesionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía Nacional

ALVIRA MARTÍN, Francisco, *El estatuto social del militar de carrera en España*. Universidad de Toulo.

– *Opinión pública y Fuerzas Armadas en España*. Universidad de Toulouse. 1983.

CASADO URBANO, Pablo, *Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española*. Revista Española de Derecho Militar número 36, julio-diciembre, 1978, pp. 7-41.

– *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*. Edersa. Madrid, 1982.

– *La despolitización de los militares profesionales en la España democrática*. II Jornadas de Sociología. Asociación Castellana. Madrid, 1983.

– *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*. Edersa 1986.

CARDONA, Gabriel, *El poder militar en la España contemporánea hasta la guerra civil*. Madrid, 1983.

COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal y Constitución*. T. 1. Edersa, 1982.

COMIN COLOMER, Eduardo, *1917: Un año digno de estudio. Juntas militares de defensa, asamblea de parlamentarios y huelga general, exponente de la crisis política española de 1917*. Revista de Estudios Históricos de la Guardia Civil número 11. 1973.

EMBID IRUJO, Antonio, *El derecho de reunión y su protección. Referencia especial a la protección judicial*. Revista de Administración Pública número 100-102. 1983.

FERNÁNDEZ BASTERRECHE, Fernando, *El Ejército español en el Siglo XIX*. Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, *Límites al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense*. Revista General de Marina número 204, junio 1983.

FERNANDO PABLO, Marcos, *Ejército, Policía y libertad sindical*.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, *Estado democrático y libertad de expresión, Revista Facultad de Derecho*. Universidad Complutense. Números 64 y 65, 1982.

GONZÁLEZ-DELEITO, Nicolás, *Los derechos fundamentales de la persona en el ámbito militar*. Sección Derecho Constitucional. Universidad Complutense.

GUAITA, Aurelio, *Los derechos fundamentales de los militares*. Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, organizadas por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, mayo 1987.

HERMAM OEHLING, *La función política del Ejército*. Madrid, 1967.

JORNADAS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LAS FUERZAS ARMADAS, *La libertad de expresión en las Fuerzas Armadas*.

LÓPEZ HENARES, Vicente, *Problemas jurídicos y políticos del poder militar*. Revista Española de Derecho Militar, números 31-32, enero-diciembre 1976. Páginas 11-64.

LOUSTAU FERRÁN, Francisco, *Los derechos constitucionales y las Fuerzas Armadas*. Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, organizadas por el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, mayo 1987.

MARTÍN GIMÉNEZ, Hilario, *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las Reales Ordenanzas de S. M. don Juan Carlos I*. La Laguna, 1980.

MARTÍNEZ PARICIO, Jesús Ignacio, *Para conocer a nuestros militares*. Madrid, 1983.

MORALES VILLANUEVA, Antonio, *Las Fuerzas de Orden Público.* Editorial S. Martín. Madrid, 1980.

– *Derechos y libertades del Militar Profesional*. Revista de Estudios Políticos. Número 32.

– *Derechos Humanos I, II, III y IV.* Revista Profesional Guardia Civil, números 471, 476, 477 y 478.

– *Rights and libertes of de civil Guard. Intercenter 1.°* Universidad de Chicago, 1983.

NAVARRO BELMONTE, Antonio, *Los militares: tienen derecho de reunión y manifestación*. Revista Profesional "Guardia Civil".

PELLON, Ricardo, *La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas.* Revista Española de Derecho Militar número 37, enero-junio, 1979. Páginas 15-91.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978*. 2ª edición. Editora Nacional. Madrid, 1981.

SECO SERRANO, Carlos, *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*. Madrid 1984.

SERRANO ALBERCA, José Manuel, *La protección de las libertades públicas del militar.* Revista de Administración Pública, número 103.1984.

VALENCIANO ALMOYNA, Jesús, *La reforma del Código de Justicia Militar*. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80. Madrid, 1980.

VARIOS AUTORES, *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas.* Instituto de Derechos Humanos. 1985.

TRILLO-FIGUEROA, Federico, *Las Fuerzas Armadas en la Constitución española*. Revista Española de Derecho Militar número 38, julio-diciembre 1979. Páginas 67-103.

Bibliografía extranjera

ALDERSON, J., *Les droits de 1'omme et la pólice.* Consejo de Europa. Strasburgo, 1984.

CARVER, Lord Michael, *Fuerzas Armadas y sociedad en Gran Bretaña,* encuentros con las Fuerzas Armadas Europeas. Fundación Pablo Iglesias. 1981.

D'ALESIO, A., *Riforma democrática dello strutture militari.* Roma, 1968.

DANSE, Maurice, *Les droits de l'omme dans les Forces Armées.* Liberté de reunión et liberté d'association. S. Remo, 1976.

JACQUES ROBERT, *Libertes publiques et Défense*. Revue du droit public. XCIII, número 5.

JANOWITZ, Morris, *The professional soldier.* NewYork, 1971.

MANDEVILLE, Lucien, "Les systeme militaire francáis et le syndicalisme: repression, tentation et solutions de substitution". Toulouse, 1977.

ROBERTSON ARTHUR, Henry, *La convention européene des droits de l'omme, les pactos de 1'ONU et les Forces Armées.* VII Congreso Internacional sobre "los derechos del hombre en las Fuerzas Armadas". S. Remo, 1976.

SAMUEL E., Finer, *The man on horseback: The role of the military in politics*. Londres, 1962.

SENECHAL, Michel, *Droits politiques et liberté d'expressión des officiers des Forces Armées.* París, 1964.

TRECHSEL, S. *L'homme en uniforme et les droits de l'homme en droit comparé*. Universidad de Besancon, 1972.

VERRI, Pietro, *I militari e i diritti dell'nomo.* Revue de Droit Penal Militaire. 1974.

WOLF GRAF, Von Baudissin, *Fuerzas Armadas y Sociedad en la RFA*. Encuentros con las Fuerzas Armadas europeas. Fundación Pablo Iglesias. 1981.

VII. ANEXO

Circular que sirvió de base para la redacción de la primitiva «Cartilla del Guardia Civil».

Sección Central - Circular - Las cualidades morales del Guardia civil deben ser una de las principales atenciones de la Oficialidad. La principal fuerza del Cuerpo ha de consistir en la buena conducta de los individuos que lo componen. Los principios generales que deben guiarlo, son la disciplina y la severa ejecución de las Leyes. Deben atemperar el rigor de sus funciones con la buena crianza, siempre conciliable con ella: de este modo se granjearán la estimación y consideración pública. El Guardia civil no debe ser temible sino a los malhechores, ni ser temido sino de los enemigos del orden. El Guardia civil sin moralidad no puede granjearse la estimación pública: debe dar ejemplo del orden, pues está encargado de mantenerlo. Los Guardias civiles deben ser prudentes sin debilidad, firmes sin violencia y políticos sin bajeza. Las vejaciones, los malos modos y la grosera altanería, deben ser reprobados como poco apropósito para granjearle el aprecio del público. Los enemigos del orden de cualquier especie temerán más a un Guardia civil, sereno en el peligro, fiel a su deber, siempre dueño de sí mismo, llenando sus funciones con dignidad, prudencia y firmeza, que al que con amenazas y malas palabras no logra más que malquistarse con todos. Los Guardias civiles deben procurar, aun cuando no estén de servicio, nunca reunirse con malas compañías, no entregarse a diversiones impropias de la gravedad y mesura del Cuerpo, procurando siempre alternar y fomentar la mayor cordialidad entre los compañeros. No basta a los Guardias civiles presentarse aseados un día de revista o cuando entren de servicio: deben estarlo constantemente para su buen porte y constante aseo: esto contribuirá, en gran manera, a granjearle la consideracion pública, cuya circunstancia nunca deben perder de vista. Además del cuidado que todo el que ejerza mando debe tener acerca de la instrucción de su tropa, procurará también que se adiestre en la redacción de partes verbales y por escrito, así como en la formación de atestados. Una de las primeras circunstancias que deben concurrir en la Guardia Civil, es que cada uno de sus individuos tengan un exactísimo conocimiento del país que está encargado de vigilar: de modo, que el Jefe de cada Puesto no debe ignorar caminos, sendas, bosques, barrancos y demás accidentes de la topografía del terreno de su demarcación. Otra, es el conocimiento que debe adquirir de aquellos hombres que por sus malos antecedentes, o desconocido modo de vivir, conviene que estén vigilados. Se inculcarán estos principios a todos los individuos: para lograrlo, no se omitirá medio alguno, y en las revistas los Jefes y Oficiales harán especial observación sobre las cualidades de sus subordinados, y si resultase que alguno no tiene todas las necesarias para el servicio del Cuerpo, me propondrán su separación, fundada en las que le falten.

Dios guarde, etc.

Madrid, 16 de enero de 1845

El Duque de Ahumada

En esta circular, que serviría de base para la redacción de la primera Cartilla, el Duque de Ahumada esbozó los principios morales y profesionales que deseaba para el guardia civil.

L'Amerique Latine, triste mine d'or pour le merceniarat

BERNARD LABATUT
Catedrático de Sociología y Director de la Casa Franco-Mexicana

Sumario: I. INTRODUCTION.– II. UN MARCHE CONTINENTAL DE LA SECURITE PRIVEE PROLIFERANT.– III. L'IRAK, SURGENERATEUR POUR LE MERCENARIAT LATINO-AMERICAIN.–

I. INTRODUCTION

L'Amérique latine est souvent présentée aujourd'hui avec le visage lisse d'un continent qui a tourné la page du militarisme. La conversion à la démocratie de tous les pays de la región —hormis Cuba— et les transitions qui se sont opérées sans grandes convulsions donnent de la région une image plutôt avantageuse tandis que la rhétorique de l'intégration régionale est reprise par tous les leaders politiques, toutes tendances confondues. On se plaît à dire aussi que ce continent est le moins conflictuel de la planète. Mais il y a un envers du décor. Le Latinobaromètre nous montre que l'insécurité est l'une des principales préoccupations de l'opinion publique, ce qui n'est pas fortuit. Les données les plus récentes de cet organisme mettent en évidence une augmentation fulgurante de la violence. En 1995, 29% des latino-américains déclaraient avoir été victimes d'une agression dans l'année; en 2007, ce chiffre s'élève à 38%. L'Amérique latine représente 8% de la population mondiale mais subit 75% des enlèvements. Avec le pourcentage de 27 meurtres pour 100 000 habitants, elle détient le triste record mondial, et ces chiffres sont bien plus élevés dans certains pays tels que le Guatemala, le Salvador, le Honduras, le Venezuela ou la Jamaïque. La pauvreté, les très fortes inégalités sociales, le trafic de drogue, le conflit armé en Colombie constituent un terreau qui nourrit une très grande violence[1]. Ces dernières années, le narcotrafic a provoqué des morts par mil-

---

[1] 38 homicides pour 100 000 habitants. 16 318 assassinats en 2007 selon les statistiques de la médecine légale de Colombie.

liers au Mexique[2]. Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que le mercenariat fasse partie de cet envers du décor. Le phénomène paraît avoir connu une progression constante depuis les années 90, mais ce sujet est quasi inexistant dans la littérature scientifique. D'un point de vue sémantique, le mot de «mercenaire» n'est plus vraiment utilisé en Amérique latine si ce n'est pour analyser des situations datant de l'époque de la Guerre Froide, voire remontant à l'époque des guerres pour l'Indépendance[3]. On trouve sur ce thème une riche bibliographie concernant Haïti, le Salvador et le Nicaragua. Aujourd'hui, on parle bien davantage de paramilitaires, de groupes armés *(Non State Armed Groups),* de milices, de violences *para institutionnelles*. Depuis sa création en 2005, le groupe de travail des Nations Unies sur l'utilisation des mercenaires constitue la principale source de référence. Par sa seule existence, il témoigne de la prise de conscience par la communauté internationale de l'ampleur du problème. Selon ce groupe de travail onusien, les mercenaires remplissent en Amérique latine un éventail toujours plus large de fonctions: surveillance des frontières et des prisons, protection de sites miniers et de champs pétrolifères, etc... jusqu'à la protection de l'aide humanitaire aujourd'hui. Ce continent s'est aussi révélé comme étant l'un des principaux pourvoyeurs —avec l'Afrique— de mercenaires pour les sociétés militaires privées opérant en Irak. On estime à 3000 les mercenaires latino américains dans ce pays, chiffre qui est cependant sans commune mesure avec le nombre de mercenaires africains -20 000 pour le seul Ouganda.

Le mercenaire, tel qu'il est entendu dans le sens de l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977[4], n'est pas une figure nouvelle dans le paysage politique et militaire de

---

[2] 8000 morts en relation avec le crime organisé entre 2005 et 2008 dont la moitié pour la seule année 2008.

[3] On peut citer le cas de Pierre (Pedro) Labatut, compagnon de route de Simon Bolivar, qui joue un rôle déterminant dans la prise de Carthagène puis condamné à mort par le même Simon Bolivar et qui au terme d'un périple compliqué sera fait Maréchal de l'Empire du Brésil par l'Empereur Pedro 1° pour avoir pris Salvador de Bahia aux portugais.

[4] Selon l'alinéa 2 de l'article 47 de ce protocole: «Le terme «mercenaire» s'entend de toute personne:
a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
b) qui en fait prend une part directe aux hostilités;
c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;

l'Amérique latine. Le *Plan Condor* orchestré par les dictatures militaires sud américaines vit la mise en œuvre, dans les années 70, d'unités de contre-guérilla et d'escadrons de la mort formés de même manière que les *Contras* par Washington dans les années 80, unités dont la composition avait beaucoup à voir avec le mercenariat. Mais depuis les années 90, la question se pose en d'autres termes. L'évolution démocratique va de pair avec l'affaiblissement de l'Etat, résultat d'une lecture mal comprise de la théorie libérale. Le processus de privatisation a été vu, en soi, comme un moyen de désengagement de l'Etat, et donc comme l'occasion d'en finir avec l'Etat tentaculaire et répressif des régimes militaires, bien qu'avec des différences notoires selon les pays, ce processus compréhensible ne soit pas allé de pair avec sa nécessaire modernisation —et donc avec plus d'efficacité—. L'un des grands défis de l'Amérique latine d'aujourd'hui demeure la mise en place d'un Etat de droit. Dans ce contexte, l'agenda de la sécurité a été profondément bouleversé et ressemble étrangement à ce que décrit Mary Kaldor dans *New and old wars*[5] (1999) pour qui les nouveaux conflits mettent aux prises une grande diversité d'acteurs tels que les paramilitaires, les seigneurs locaux de la guerre, les organisations criminelles, les forces de police, les mercenaires, et bien sûr les armées régulières —sans oublier, dans ce jeu d'acteur, les éventuelles unités dissidentes—. Ces forces opèrent de manière très autonome et selon une logique de coopération/confrontation, y compris entre camps adverses. Elles s'alimentent à des sources de financement multiples: apports extérieurs, contrebande, commerce des armes, trafic de drogue, pétrole et pierres précieuses. Les réalités latino-américaines ne sont pas loin de ce schéma, qui demeure incomplet si l'on ne prend pas en compte une autre variable fondamentale: l'interaction entre la situation interne du continent et la politique extérieure des Etats-Unis. Là encore, il convient de souligner un paradoxe. L'Amérique latine jouit aujourd'hui d'une autonomie par rapport aux Etats-Unis qu'elle n'avait pas connue depuis des décennies, phénomène considéré beaucoup plus comme conjoncturel que comme structurel parce que lié à une réorientation des priorités vers le Moyen-Orient et l'Asie centrale du fait de l'engagement en Irak et en Afghanistan. L'essor du mercenariat en Amérique latine a partie liée avec

---

d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit;
f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat.

5 Mary Kaldor: *New and old wars. Organized violence in a global era.* Stanford, Stanford university press, 1999, 214 p.

l'engagement américain en Irak, ce qui souligne l'interaction étroite entre l'hégémon et ce qui reste, de ce point de vue, son *backyard*.

II. UN MARCHE CONTINENTAL DE LA SECURITE PRIVEE PROLIFERANT

Pour le rapporteur du groupe de travail des NU[6], le chômage chronique et massif, la faiblesse des salaires, des pouvoirs fragiles et une histoire ancienne de conflits violents dans cette région font des populations fragilisées des pays en développement un réservoir d'emploi de prédilection. Le rapport exprime sa préoccupation concernant l'Amérique latine en raison de la propension des gouvernements à externaliser la sécurité intérieure —tout comme certaines missions relevant des armées aux sociétés privées—, notamment pour ce qui concerne la «protection» des compagnies minières et pétrolières[7]. Les situations sont évidemment très variables selon les pays, le cas de la Colombie étant le plus emblématique et certainement le plus connu en raison de l'importance du conflit armé. Dans ce pays, les mercenaires interviennent dans trois domaines d'activité. On distingue tout d'abord les sociétés de sécurité privée qui travaillent à l'intérieur du pays et bénéficient du soutien financier des Etats-Unis dans le cadre du Plan Colombie en matière de lutte contre insurrectionnelle et de lutte contre le trafic de drogue. On en dénombre 25 qui emploient environ 800 personnes, ce dernier chiffre étant très variable puisque la rotation est très rapide. Il s'agit pour l'essentiel de citoyens américains d'origine latino-américaine sous contrat de droit privé mais qui bénéficient des mêmes immunités diplomatiques que les personnels de l'ambassade des Etats-Unis, notamment de l'extraterritorialité, ce qui a permis aux auteurs de crimes et délits d'échapper à la justice colombienne[8].

Un second type de présence mercenaire est lié à des sociétés de sécurité privée principalement américaines et britanniques, qui travaillent surtout pour les compagnies pétrolières étrangères, mais aussi minières, présentes sur le territoire colombien. Selon le groupe de travail des NU, ces sociétés

---

6 Rapport devant le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, avril 2007.

7 Un secteur d'activité essentiel pour beaucoup de ces pays.

8 Idem. Il faut rappeler que la libération d'Ingrid Bétancourt est allée de pair avec celle de **trois** ressortissants américains contractuels de *California Microwaves Systems,* une filiale de *Northrop Grumann,* entreprise sous-traitante du Pentagone. Les FARC ont considéré que ces trois personnages étaient des membres de la CIA.

privées interviennent souvent sur les terres appartenant aux indiens ou autres communautés rurales et pratiquent couramment, au détriment de ces populations, l'interdiction d'accès aux terres et, dans certains cas, à l'eau —une violation des droits de l'homme caractérisée—. Le groupe de travail a relevé des cas similaires en Equateur et au Pérou.

Un troisième type de présence mercenaire est lié aux experts israéliens auprès du ministère de la Défense colombien. On considère que de nombreux succès militaires obtenus contre la guérilla doivent beaucoup à la qualité du renseignement militaire fourni par ces mercenaires israéliens.

Il faut enfin signaler que, selon les estimations de ce groupe de travail, il y aurait environ 500 mercenaires colombiens en Irak, ce qui s'explique par la «qualité de la main d'œuvre» que quelques quarante années de conflit ont aguerri.

III. L'IRAK, SURGENERATEUR POUR LE MERCENARIAT LATINO-AMERICAIN

L'intervention américaine en Irak est emblématique des grandes tendances d'évolution vers la privatisation et l'externalisation d'un grand nombre de fonctions militaires mises en œuvre dès les années 90 et déjà perceptibles dans les conflits de l'ex Yougoslavie, tendances d'évolution que l'on retrouve dans toutes les armées occidentales. Un seul chiffre suffit à comprendre l'ampleur du phénomène. On estime à 50 000 le nombre de mercenaires présents en Irak, ce qui en fait la deuxième force —après l'armée des Etats-Unis— dans la fameuse *Coalition of the willing*[9]. Il est estimé qu'environ 3000 mercenaires latino-américains interviennent en Irak sous l'égide de sociétés privées américaines de sécurité. Il semble que ceux-ci soient très recherchés du fait des grandes synergies entre l'armée des Etats-Unis et l'Amérique latine. Les *latinos* constituent un quart de l'armée américaine et 40% des programmes de formation et d'entraînement qu'elle propose pour l'étranger concernent ce continent. Nombre de militaires américains parlent espagnol et les latino-américains sont considérés comme culturellement proches et souvent dotés d'une

---

[9] Dans une déposition devant le Congrès des Etats-Unis de juin 2006, un fonctionnaire du Département d'Etat estime que le nombre de spécialistes privés chargés de la sécurité personnelle utilisés en Irak par les Etats-Unis est supérieur aux nombre total d'agents de sécurité diplomatique employés par les Etats-Unis dans le monde.

bonne expérience militaire. Tous ces éléments expliqueraient que les mercenaires latino-américains soient recherchés par les sociétés privées américaines. Ils proviennent pour l'essentiel du Salvador, du Nicaragua, de Colombie, du Chili, du Pérou et du Honduras, ce qui paraît confirmer que les zones de conflit constituent un réservoir de main d'œuvre rompu à la chose militaire, le sous-emploi chronique et la misère ne favorisant pas la reconversion. Dans le cas du Chili, qui fournit un tiers de ce contingent, il semblerait que ce soit un héritage du régime Pinochet qui a «laissé sur le marché» des militaires et policiers appréciés pour des «savoirs faire» qui sont autant d'atteintes aux droits de l'homme.

Dans ce marché du mercenariat latino-américain, il faut souligner le rôle de plaque tournante joué par le Honduras. Le groupe de travail des NU estime qu'environ 280 sociétés privées de sécurité opèrent sur le territoire de ce pays. De même, il souligne le rapport peu clair qui existe parfois entre des bases américaines anciennes ou actuelles et l'entraînement de mercenaires. Tel est le cas de l'ancienne base de Lepaterique, proche de Tegucigalpa, qui servit de camp d'entraînement de l'armée américaine pour les *contras* et autres mercenaires latino-américains dans les années 80 comme pour les mercenaires chiliens et péruviens ces dernières années - alors qu'entre temps, elle a été acquise par une compagnie d'exploitation forestière. Etrange déterminisme! Etrange confusion des genres, que l'on retrouve en Equateur où, cette fois-ci, une base américaine en activité a servi ces dernières années à l'entraînement de mercenaires, provoquant une tension très forte avec le gouvernement de Rafael Correa[10].

Le marché du mercenariat, en raison de sa nature particulière, se développe dans les lisières de l'illégalité et est lié à l'heure actuelle au désengagement de l'Etat en Amérique latine et aux choix stratégiques et militaires des Etats-Unis. Le groupe de travail des NU sur le mercenariat souligne la menace que celui-ci fait peser en matière d'atteintes aux droits de l'homme. La nature particulière de ses missions, exécutées dans un cadre légal pour le moins très flou et dans des situations de conflit où, par définition, la violence supplante le droit, représentent une véritable menace en totale contradiction avec l'idéal de démocratie et l'exaltation des droits de l'homme défendus par le discours politique dominant.

---

[10] La base militaire américaine de Manta a servi pour le recrutement de mercenaires pour l'Irak et l'Afghanistan et de base d'opérations pour des mercenaires chargés de l'épandage de défoliants sur les champs de coca en Colombie et autres opérations contre le narcotrafic dans le cadre du Plan Colombie.

Ces soldats d'infortune sont eux-mêmes victimes de la loi du marché qui s'exprime dans toute la brutalité du rapport de forces en ce domaine. Le groupe de travail mentionne les atteintes aux droits de l'homme et les conditions de travail aliénantes que connaissent les mercenaires: rétention des passeports, salaires très inférieurs à ceux de leurs homologues américains, horaires de travail démesurés, arbitraire des sanctions, conditions sanitaires désastreuses, absence d'antennes médicales, contrats léonins, quasi impossibilité d'accès à la justice, etc...

Ce marché qui se développe sur la base d'un vivier existant rétro-alimente la violence en Amérique latine. C'est le cas très concret des *Zetas,* ces groupes formés à l'origine par des membres des forces spéciales mexicaines entraînés par les Etats-Unis et dont, aujourd'hui, de nombreux membres se sont mis à la solde du Cartel du Golfe, véritable puissance mafieuse qui approvisionne le marché américain en cocaïne. On peut supposer que les effets pervers du conflit irakien se feront encore sentir pendant de longues années, et ce quelles que soient les inflexions données à la politique américaine par le président Obama.

Le groupe de travail des NU recommande l'adoption d'une réglementation internationale beaucoup plus stricte du mercenariat, qui devrait aller de pair avec le durcissement des législations nationales. Cela renvoie à des interrogations quasi philosophiques. L'incapacité à réformer l'ONU ces vingt dernières années souligne les difficultés à mettre en place un multilatéralisme efficace dans un monde multipolaire crispé, ce qui rend difficile l'adoption de réglementations suffisamment contraignantes pour être efficaces. Au niveau des Etats, les principes politiques de la démocratie (élections libres, acceptation de l'alternance...) paraissent aujourd'hui acceptés en Amérique latine. Par contre, la grande faiblesse reste l'Etat de droit, qui laisse d'immenses trous noirs faisant le terreau des forces obscures. Certes, l'Amérique latine est plutôt occidentale, mais il n'est pas sûr que la vie y ait la même valeur qu'en Europe. Circonscrire le mercenariat en l'encadrant étroitement constituerait sans aucun doute une avancée notoire dans la protection des droits de l'homme.

Crisis en las organizaciones militares

Jesús Martínez Paricio
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología
Universidad Complutense de Madrid

Pocas cosas hay más incómodas que exponer unas ideas donde se escucha el sonoro silencio desde el otro lado de la conversación. Más todavía cuando el silencio está causado por la ausencia final de quien provoca el debate. La angustia es mayor cuando se sabe que el interlocutor enmudecido de manera prematura se caracterizaba por su estímulo provocador. Ante Gonzalo Jar, ante Gonzalo, no se podía estar callado: exigía una respuesta para seguir argumentando. Lo que sigue no es otra cosa que seguir esa costumbre. Con lo que contaba era con al presencia del indeseable silencio.

Aunque quedan cosas para uno, antes de seguir hay que señalar algunos aspectos que insistan en la personalidad de Gonzalo. Tuve la suerte de trabajar con Gonzalo en las materias a las que le gustaba hacer frente. Tenía la habilidad suficiente para anticipar lo que iba a venir. Esto lo consiguen quienes están pendientes de lo que ocurre a su alrededor y dedican tiempo a escudriñar las señales que pasan desapercibidas para los demás. Son capaces de encarar los asuntos antes de que se presentaran. Lo comentamos muchas veces la incongruencia que suponía que esos anticipos no quisieran ser escuchados por los que tenían la obligación de escuchar, obligación aceptada de manera voluntaria. Entendía, pero no aceptaba por su condición intelectual, que no se tuvieran en cuenta los avisos en el mundo militar, su protesta callada era mayor entre los políticos a los que les reconocía la obligación de dirigir los asuntos militares. A la Universidad y a los universitarios no les perdonaba que se hubieran mantenido tanto tiempo al margen de estas cuestiones; que todavía se mostraron recelosos por analizar materia tan principal, más todavía en los tiempos que corren. Para Gonzalo estos estudios eran una obligación a la que no se podía renunciar a no ser que nos consideráramos *eruditos a la violeta* [le gustaba el argumento de Cadalso].

De manera coherente siempre conté con su colaboración cuando le solicité ayuda en estos menesteres.

Los tratados siempre fueron temas *fronterizos* que se abrían en los tiempos de cambios profundos que tocaba vivir y en los que se adivinaban. Somos y hemos sido testigos de cambios fundamentales en las fuerzas armadas. Este protagonismo excepcional exige responder de la misma manera. Le tocó pechar con las incomodidades de quien anticipa lo por venir y lo anuncia con rigor a los que no quieren ver, menos todavía los que no quieren escuchar. Nos ha dejando a los demás ver en lo que queda de tantas esperanzas y de los esfuerzos de no pocos, él en primera fila de lo uno y de lo otro.

Participé con Gonzalo en el estudio de algunos de esos temas de la frontera. Destaco su entusiasmo cuando le pedía una y otra vez, incluso en los tiempos duros con los que tuvo que pechar, que los expusiera ante los alumnos de la Facultad. Su condición de profesor, su otra cara vocacional, le exigía dar a conocer y debatir sus argumentos en los espacios abiertos de las aulas. En ninguna ocasión se sintió cómodo explicando lo manido.

En los primeros momentos donde conocí a Gonzalo, los de la preparación de su tesis, debatimos sobre los modelos policiales y la probable privatización de la seguridad interior. Después, sobre la incorporación de la mujer a la Guardia Civil. La *ética de las nuevas misiones* de las fuerzas armadas. Las ayudas para la transformación de los modelos autoritarios de la seguridad y su control democrático por parte de los Estados que salían de los tiempos de dictaduras y totalitarismos. Las garantías de los derechos de militares y policías, más concretamente de guardias civiles, en su condición irrenunciable de ciudadanos. Más tarde volvimos sobre la privatización de la seguridad, en este caso la seguridad exterior. El Derecho Humanitario en las guerras y las excentricidades que presentan los conflictos actuales; el papel de la información y de los periodistas en las nuevas guerras a las que resulta tan difícil ponerles un apellido. Contaba con satisfacción los esfuerzos para erradicar las minas antipersonas y las bombas de racimo. Confiaba en el éxito algún día del Tribunal Pernal Internacional.

Además del beneficio intelectual que he recibido de Gonzalo doy testimonio, de manera insistente, de que de su trayectoria intelectual se beneficiaron, curso tras curso, los alumnos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de Madrid. Me quedan sus apuntes, las anotaciones de sus esquemas, las lecturas recomendadas, los textos y documentos que me facilitó. Pero este curso [2010-11], el que acaba de comenzar, quedará el silencio que se produjo a la fuerza en el curso pasado.

Repasando de mala gana los años los trabajos vividos con Gonzalo destaco la importancia que tuvieron dos ejes. Uno: la interacción entre la enseñanza militar y la universitaria; dos, análisis de la *crisis* de las fuerzas armadas en

cuanto que son *organizaciones institucionales* que tiene que encontrar acomodo en el recomienzo de la Historia. Una vez más aparece la injusticia. Cuando más se necesita hombres con ideas, la sinrazón se los lleva.

Tuve la oportunidad de participar como docente, conferenciante y escribidor en todos los destinos académicos del *Cuerpo* por donde pasó Gonzalo. Como contraprestación, Gonzalo siempre acudió a la Facultad y a los seminarios que organicé. Entre tanto siempre recibió a quien necesitaba una opinión, un dato, un argumento para el trabajo que estaba desarrollando. Destaco la más que grata impresión que produjo esta disposición abierta y sin recelos a un responsable de la seguridad interior de Colombia que no habría encontrado nada más que el amable silencio de los no pocos despachos oficiales por los que pasó. También recuerdo las horas que dedicó a un grupo de cadetes de la Academia Militar de Coëtquidam-Saint Cyr que tenían que redactar su memoria de DEA en la Facultad. En este caso mostró la envidia que le producía que unos futuros oficiales franceses convivieran con otras sociedades, la española y sus universitarios.

En este caso fue una reunión donde los cadetes le demostraron que el diseño ideal de un plan de formación plantea muchos problemas. Fue grande el impacto de la crítica de los cadetes franceses ante el plan Bolonia que se había implantando en el ejército francés; no se lo esperaba. Como tutor de esos cadetes, a los que les han seguido los de otras promociones, me permitía tenerle al tanto de cómo iba evolucionando su aplicación en el día a día de la Academia y su aportación al oficio militar. Cómo reaccionaban ante el cambio los profesores militares de la academia que tenían que actuar de una manera diferente a como lo habían hecho hasta entonces, los cambios que se habían producido entre profesores colaboradores de las universidades francesas, el papel de los tutores externos, la percepción de los propios cadetes y, por último, los oficiales que recibían a los oficiales recién formados con el nuevo programa.

El cambio puede ser fácil ya que se acepta porque se impone. Hay beneficios con el cambio, pero no aparecen con la rapidez que se desea. También hay problemas que de no resolverse terminan por anular las ventajas. A Gonzalo el de la enseñanza era un asunto que siempre le andaba rondando en todas sus inquietudes. Confiaba en su éxito siempre que estuviera acompañado de otros cambios. Los cambios en los planes de estudios sirven de poco si no se sabe a dónde se quiere llegar, y por qué se quiere llegar. Habíamos quedado en seguir con detalle la experiencia de la reforma francesa. No le podré defraudar en sus expectativas.

Dos rasgos más que quiero destacar de Gonzalo. Uno, su esfuerzo por encontrar a la persona adecuada para responder a lo que él no podía responder. Conocía sus limitaciones y nunca quiso aparecer como protagonista cuando no le correspondía. Cuando consideró que otros lo harían mejor siempre me puso y nos puso en contacto con ellos. Dos, a pesar de su capacidad crítica, por su condición de militar intelectual, siempre la mantuvo embridada pues no renunció de su condición de guardia civil en activo. Ni siquiera cuando nadie nos escuchaba puedo recordar un momento de opinión indisciplinada; crítica y dura sí, pero siempre de acuerdo con el orden que nunca estuvo dispuesto a traspasar. Esta actitud le exigía y le llevaba a argumentar los asuntos más delicados con mayor finura intelectual. Nunca le encontré dispuesto a incurrir en falta alguna de consideración hacia su profesión. *"La censura y la autocensura exigen mayor tiempo de reflexión para decir lo que se tiene que decir"*.

Guardo los resúmenes de tres situaciones donde Gonzalo ejerció su condición de *militar intelectual*. Los alumnos de la Facultad participaron en esos debates de altura. Los interlocutores fueron dos alumnos especiales. El primero, un oficial de la ROTC de la Armada de los Estados Unidos. Además de la polémica y confusión que planteaba el concepto y las operaciones en la *guerra contra el terrorismo,* el debate derivó hacia una de sus consecuencias: la irregularidad que suponía Guantánamo. El segundo debate lo mantuvo con un oficial del Ejército del Aire ante la necesidad de eliminar las bombas de racimo. Los argumentos sobre los usos tácticos fueron más allá para considerar los riesgos posteriores de un armamento abandonado a la mala suerte de la población civil.

El tercero tuvo lugar en Toledo. Lo motivó un seminario organizado con la delegación francesa del *Centre d'Études en Sciencies Sociales de la Défense* [C2SD], dependiente del Ministerio de Defensa de Francia. Una nota al respecto. Tras la desaparición del servicio militar obligatorio se creó este centro para anticipar los problemas que iba a plantear el nuevo modelo de organización militar. El decreto de creación planteaba la necesidad de investigar sobre las características que tendrían los ejércitos *profesionales*. Para llevar a cabo este encargo se firmaron una serie de acuerdos con universidades francesas, así como con las de otros países europeos. La Facultad fue una de las primeras que aceptaron la propuesta. Los estados mayores franceses propondrían líneas de investigación que correspondían a los problemas detectados, o supuestos, al tiempo que admitirían sugerencias de los investigadores de las universidades. Otro de os objetivos era el de anticipar escenarios con el objetivo de prever para optar. En eso sigue el C2SD,

En la solemne sala inquisitorial de la Universidad de Castilla La Mancha tuvo lugar el encuentro. A la delegación francesa del C2SD se sumaron los altos representantes del *Conseil de la Fonction Militaire*. Entre nosotros se había insinuado la posibilidad de crear algo semejante. Los delegados franceses nos contaron los errores que se habían cometido en el desarrollo de las distintas sesiones del Consejo, sus posibilidades y las no menos importantes limitaciones que tenía tal como se había constituido. Gonzalo participó de manera intensa pero siempre se mantuvo en un segundo plano, otra de sus habilidades. Siempre comenzó sus intervenciones reconociendo su condición militar en activo. Una vez que había hecho esta precisión cautelar seguía su intervención señalando que como universitario que se encontraba en un ámbito universitario no podía permanecer al margen del debate. A partir de ese momento comenzaba el torrente de ideas.

El debate original quedó enriquecido con un tema central en los ejércitos del futuro. Se trataba de encontrar una respuesta convincente y previa a cómo se podía garantizar los derechos civiles de los militares por su condición de ciudadanos en uniforme. Entre los participantes de la delegación francesa se encontraba un coronel, miembro del Consejo. Acaba de publicar un libro en el que contestaba dos preguntas: por qué y por quién mueren nuestros soldados más allá de las fronteras y por defender intereses ajenos a los intereses nacionales. Exigía un compromiso contundente de los mandos militares, políticos y gobernantes para dar respuestas claras a esas preguntas. No bastaba con imponer el cumplimiento de unas órdenes que beneficiaban a unos pocos a costa del sacrificio sin apenas remuneración de muchos. Poco tiempo después supimos que el coronel tuvo serios problemas en su carrera militar.

En la preparación del encuentro conté con la ayuda de Gonzalo para localizar a las personas, civiles y militares a las que les podría interesar lo que se iba a desarrollar en Toledo. Han pasado ya los años y de esta forma uno ya ha olvidado los nombres y cargos que rechazaron la invitación. Vaya por delante que fueron más los civiles, cargos políticos del Ministerio, que rechazaron espantados la invitación. Los militares que fueron invitados siempre mostraron su disposición a participar con la condición de contar con la autorización de los superiores. La invitación no les debió llegar a los que propuse pues no apareció ninguno de los invitados. Gonzalo y dos o tres militares más sí que participaron de principio a fin. Nunca les pregunté cómo lo hicieron, ni qué argumentaron para poder asistir. Todos aprendimos y mucho de las intervenciones que siempre fueron apasionadas y apasionantes. El paso del tiempo demuestra que no habría estado de más haber escuchado las experiencias frustrantes de los que proponían otras alternativas.

Junto con otros colegas, profesores y militares, participamos en la redacción de una monografía para el CESEDEN, *La ética en las nuevas misiones de las Fuerzas Armadas* [2001]. Como en todos los trabajos el objetivo era estimar las respuestas que habría que plantear en el futuro de las fuerzas armadas los horizontes que ya se barruntaban para el siglo XXI.

Recordando aquellos debates en el CESEDEN, junto con los comentarios que le siguieron en los encuentros y seminarios en los que coincidimos, y resumiendo una larga entrevista que le realizaron a Gonzalo para un trabajo encargado por el Cuartel General del Ejército [espero que ese trabajo vea la luz en algún momento y evite de esta manera que sea un trabajo histórico en el peor sentido del concepto], traigo aquí algunos de los puntos centrales de lo que tuve la oportunidad de debatir con él.

El punto de partida era que, sin olvidar el pasado, y teniendo en cuenta el presente, ¿qué cabía imaginar para los ejércitos del futuro? Sigue siendo la pregunta en la que me empeño en las clases de la Facultad. Para participar en las respuestas probables llamé a lo largo de los años a Gonzalo para compartir las ideas con los alumnos. Insisto, Gonzalo nunca faltó. En la última convocatoria [curso 2009-10] me pidió retrasar la fecha prevista pues *"tenían que ponerme a tono"*. No pudo ser. Quedó el vacío.

La idea que siempre me sirvió de punto de partida en esos esfuerzos conjuntos fue la consideración de los ejércitos, las fuerzas armadas según el lenguaje al uso, como una *organización institucional compleja*. Su razón de ser no es otra que preparase para actuar en un futuro que además de ser indeterminado, no se desea que llegue nunca. Es la primera contradicción para la que los militares y los políticos deben dotarse con ideas claras. Debe contarse con apoyos internos y externos con los que hacer frente a las contradicciones fundamentales que supone esta excentricidad: se propone la mayor preparación que no se desea hacer uso de ella. Es el punto de partida de no pocas crisis de identidad tanto para los miembros de la organización, como para sus gestores civiles, así como para el resto de los ciudadanos.

Pocas veces el análisis prospectivo de los sociólogos, de un sociólogo para decir vedad, ha sido tan acertado como el que propuso Morris Janowitz [1960] cuando publicó su trabajo seminal *El soldado profesional*. Cabe hacerse la pregunta de por qué ideas tan bien argumentadas apenas son tenidas en cuenta por los que se supone que deben estar al tanto de lo que se produce con el mejor sentido y, sin embargo, se acepta sin discusión las propuestas irrealizables.

> *«En la sociedad (moderna) el futuro de la profesión militar no es exclusivamente responsabilidad militar; por el contrario, descansa en la vitalidad del liderazgo político-civil... (Con el fin de) asegurar la competencia pro-*

> *fesional de la estructura militar e impedir el desarrollo de un negativo sentido de frustración. Con este fin, las autoridades tienen que satisfacer los siguientes requerimientos: primero, limitar los objetivos militares a aquellas metas consideradas posibles y realizables; segundo, ayudar a la formulación de la doctrina militar, en la medida en que esta se convierta en la expresión unificada de los objetivos políticos nacionales; tercero, mantener un sentido de autoestima profesional en los hombres de armas; y cuarto, crear nuevos recursos para el ejercicio del control político-democrático»* [Janowitz, 536].

Se vive en un *mundo desbocado*, tal como describe Anthony Giddens, donde la Historia no solamente no ha terminado: *ha recomenzado la Historia* tal como ha demostrado Dahrendorf. Los actuales son tiempos donde, mal que nos pese, *el desgobierno de lo público* es una variable que explica no pocas de las contradicciones que analicé con Gonzalo. Tiempos de crisis donde se pueden publicar reflexiones donde se da cuenta del *invierno de la democracia*, o el no menos significativo *malestar de la democracia*. Tiempos donde el arte de gobernar se rige por medio de la negación y el *elogio de la traición*. En el *retorno de la Historia y el fin de los sueños* vuelve a aparecer *el mundo de ayer* donde se dan muestras de intolerancia y violencia que no se podían imaginar.

Desaparecen los conflictos entre los Estados, al tiempo que se agudizan los conflictos en el interior de algunos Estados, *fallidos* en la mayoría, pero que no siempre tienen esa condición. Se aleja, incluso desaparece, en el horizonte probable de las relaciones internacionales la guerra westfaliana. La guerra ya no es la continuación de la política con otros medios. Ahora lo son las *nuevas misiones* que sí son otra forma de actuar en la política internacional. En el cambio radical los ejércitos siguen administrando la violencia legítima del Estado. Un Estado que, en la parte que toca, vacía parte de su soberanía hacia la Unión Europea, de la que no se sabe la forma jurídica que tendrá, y hacia las comunidades autónomas, donde también se duda del modelo político que se alcanzará.

Ante los escenarios de incertidumbres los ejércitos tienen que hacer frente y gestionar una profunda crisis. Solucionarla, cuando se pueda y en los aspectos que se pueda, exige la colaboración que reclamó Janowitz. El problema es que no siempre se va a contar con los apoyos necesarios. Era otra de las ideas capitales de Gonzalo que terminó por explicarla es términos de escéptico pesimismo. Se basaba en su conocimiento de lo militar y de la política. Como politólogo, y mucho más como sociólogo sutil, sabía de la resistencia de las instituciones al cambio, tanto las militares, como las políticas y sociales, también las universitarias.

Queda por insistir sobre una evidencia que no se considera con la importancia que se debe. Las instituciones, lo mismo que las organizaciones son estructuras complejas dirigidas por personas. Son los líderes y también los *seguidores* los responsables de su grado de eficacia.

Discutíamos de manera elegante sobre el papel del tiempo en las instituciones y cómo el tiempo pasado condicionaba el presente. Por mi parte insistía, e insisto, en el argumento de que los fenómenos sociales son cíclicos. No es el momento, lo dejé escrito en otro lugar, que las fuerzas armadas comenzaron un nuevo ciclo donde, además de cumplir con sus objetivos, tienen que gestionar su propia crisis resultado de la postmodernidad del nuevo espacio internacional. Las consecuencias derivadas de la Paz de Westfalia quedaron para la Historia. Las fronteras son permeables a intereses superiores. El derecho de injerencia se justifica en aras de defender, crear, o imponer la paz. Los ejércitos nacionales se desnacionalizan al tiempo que adquieren rasgos y se comportan de acuerdo con una peculiar conducta policial impuesta por centros de decisión internacionales. Por cierto, en unos casos, el de España, la desnacionalización está acompañada por la mejor valoración de lo militar por parte de la mayoría de la opinión pública; en otros casos, países centroeuropeos, ocurre lo contrario. Los ejércitos empiezan a no verse como suyos.

La crisis en los ejércitos tiene tres planos. El primero tiene que ver con la doctrina con la actuar en una gama cada vez más amplia de intervenciones. Se mantiene en el horizonte, el menos deseado, la confrontación armada entre ejércitos. Debe mantenerse mal que pese el principio que reconoce que la posibilidad, más remota tiene una probabilidad finita de que pueda cumplirse. A partir de esa posibilidad extrema la doctrina también tiene que ser válida para llevar a cabo las cada vez más complejas misiones de paz. Doctrina que debe responder a la defensa de los intereses nacionales. Por supuesto y previo a todo ellos, esos intereses tienen que se concretados más allá de los solemnes mandatos constitucionales y discursos puramente formales. Doctrina que también debe responder a los intereses y obligaciones contraídas por el hecho de pertenecer a determinadas organizaciones internacionales. Redactar ese pensamiento doctrinal no es fácil. Un ejemplo lo tenemos en el vacío que todavía existe en el caso de la OTAN. Decir que se redactará una doctrina moderna para hacer frente a los problemas modernos no es suficiente.

Integrar los diferentes intereses no es fácil y pueden llegar a entrar en conflicto los intereses particulares con los colectivos; los propios con los extranjeros. Habrá que recordar el principio por el que se reconoce que no hay amigos o enemigos permanentes, por lo general son los intereses los que no cambian. Intereses que están condicionados, además, por el *lugar* que se ocupa que no es otro que el espacio geográfico particular que crea riesgos y amenazas peculiares, pero también fortalezas y oportunidades. Más influyente es la segunda variable. La *posición* que se ocupa en el sistema deferencia, de confianza, definido por la relación política del Estado [periferia] respecto al Estado dominante [centro de las relaciones internacionales].

El segundo plano de la crisis tiene que ver con la estructura organizativa de los ejércitos. Debe responder a las exigencias de la doctrina. No obstante la realidad se impone a la teoría. Las organizaciones institucionales que no tienen que dar cuenta de resultados tangibles [los ejércitos entre otras] son rígidas y reacias a los cambios. La complejidad creciente de las funciones que deben desempeñar supone que su capacidad operativa debe ejercerse en términos de acciones conjuntas e integradas. Los ejércitos nacionales ya no pueden actuar con sus recursos en todos los frentes y ante todas las misiones. La complejidad es tal que ni siquiera los ejércitos de las potencias son capaces de mantenerse en dos o tres frentes abiertos al mismo tiempo. Las alianzas tratan de ganar en eficacia y reducir los costes. Debe integrarse lo militar con el personal civil especializado en las más diferentes materias. Vayan por delante que estas ideas consideradas como novedosas no lo son tanto si se recorre la historia militar. Lo que en el pasado fue excepcional ahora es lo normal; en el futuro, no habrá otra opción posible.

Sobre la mesa del los estados mayores el diseño de semejante estructura puede ser fácil, no tanto su aplicación. Los ejércitos siguen siendo nacionales y responden a una historia particular, a unas convicciones y también a unas convenciones. Lo convencional puede cambiarse sin mayores problemas, las convicciones tienen que ver con las mentalidades y no se cambian por decreto. Los ejércitos se rigen por normas particulares aunque se use el mismo idioma operativo en las acciones conjuntas e integradas, o se trabaje con los mismos reglamentos en las zonas de operaciones. En las sociedades complejas la integración es uno de los procesos más difíciles de llevar a cabo. En muchas ocasiones no se llega a tener éxito. Ocurre lo mismo en las organizaciones complejas. La integración supone dejar a un lado elementos fundamentales para quienes los tienen que abandonar y, si no se explica bien la razón, su utilidad y qué se gana con el cambio, surgirá más rechazo que aceptación en la mudanza. Cuando se reconocen las dificultades, aunque con disgusto se asume que no hay otro camino por recorrer y al final se recorre el camino.

Otro aspecto del problema, no menor, es cómo se integra lo nuevo en lo viejo. Las organizaciones institucionales tienen un origen remoto donde los éxitos han convivido con los fracasos; las acciones heroicas con las reprobables. Existe otro principio, uno más, que señala que se es lo que fueron los antiguos, y se será lo que se es el momento. Por supuesto esta continuidad en el tiempo no es determinista. Existen experiencias que demuestran, en el caso de los ejércitos, que la *hora cero* se puede proponer, incluso imponer, pero el pasado termina apareciendo cuando menos se le espera. Hay que pechar con él. Tampoco se puede comenzar a contar el tiempo desde el momento que

interesa. Con mejor o peor disposición la Historia debe ser asumida y racionalizada. Las personas tienen memoria, la Historia no: es Historia.

Los ejércitos son las únicas organizaciones institucionales con rigidez al cambio. No obstante, utilizando la comparación con el proceso que siguen las organizaciones institucionales de carácter civil, las semejantes a los ejércitos, se puede señalar el proceso que se ha seguido y el que cabe esperar que se vaya a seguir en el futuro.

El análisis de la tendencia tiene su punto de partida en la caracterización de una organización, grande o pequeña, material o transcendental. Toda organización se caracteriza por cuatro variables: capital, tecnología, mano de obra [recursos humanos], y gestión de conocimiento.

El modelo futuro, si se acepta el proceso de convergencia con las organizaciones institucionales complejas de carácter civil, tendrá una proporción cada vez menor de los recursos humanos [en términos comparados con el resto de las variables]. Esa cuantificación va más allá del número del contingente, y también de la formación del personal. Se valoran sobre todo las actitudes y motivaciones de las personas que forman los ejércitos, tanto el personal temporal, como el permanente. Para hacer frente a la reducción se propone la *externalización* de algunas actividades, la *privatización* de la seguridad exterior, o la participación en alianzas que consiguen aumentar la eficacia mediante. La primera opción soluciona parte del problema, al tiempo que añade otros nuevos. El personal civil contratado mantiene un estatuto diferenciado del personal militar y las comparaciones no son fáciles de explicar. La privatización de la seguridad ha creado situaciones que superan con creces los límites de la legalidad internacional. La participación en organizaciones de defensa permite la especialización funcional que termina por beneficiar a todas las partes.

En segundo lugar, en los arsenales se mantendrán los sistemas de armas convencionales, al tiempo que se incorporarán otros más complejos. En el combate *tradicional* la calidad puede imponerse sobre la cantidad, aunque lo contrario también se estudia en la historia militar como éxitos que deben explicarse. La *revolución de los asuntos militares* ha demostrado su eficacia frente a ejércitos convencionales. El éxito también ha sacado a la luz una carencia no prevista: la conquista del territorio exige un contingente importante que nunca se tiene, menos cuando los hombres fueron sustituidos por máquinas.

Para conseguir la eficacia de la organización y la especialización profesional se necesita más capital para abonar las remuneraciones, realizar inversiones, mantener equipos más sofisticados, formar de manera permanente a

un personal especializado y financiar las acciones. Es inimaginable que los ejércitos lleguen a contar con recursos económicos ilimitados, ni tampoco con recursos suficientes para cubrir todas sus necesidades operativas y de funcionamiento. Lo normal será la tendencia del recorte del capítulo presupuestario asignado a la seguridad y la defensa. Los encargados de gestionar los presupuestos señalan que este capítulo es el que siempre se utiliza como último recurso para cuadrar las políticas presupuestarias: es el más fácil de recortar.

Domina y se impondrá la exigencia de percibir los *dividendos de la paz*. Se exigirá garantizar el mantenimiento del estado del bienestar, o cualquier otro tipo de inversión. Se tratará de evitar la confrontación con la clientela electoral opuesta a cualquier aumento de los gastos de la seguridad y la defensa. En el dilema clásico que se explica en las teorías del reparto económico, *cañones o mantequilla*: se aceptará lo segundo antes que lo primero. Explicar la necesidad de estas inversiones no será fácil, pero no quedará más remedio que hacerlo. Por supuesto siempre que se consideren estos asuntos de interés irrenunciable como política de Estado. La alternativa cuantitativa a estos recortes [proporcionales no se olvide] es el aumento de la cuarta variable que caracteriza a toda organización: gestión de conocimiento.

Los planteamientos del reparto de los recursos escasos se tienen que dejar de plantear en términos de *suma cero*: uno gana lo que otro pierde. Tampoco demuestra eficacia la propuesta de *suma positiva* donde el consenso debe ser permanente de modo que termina siendo paralizante. La alternativa, nada fácil de llevarla a la práctica, es encontrar el *punto óptimo de equilibrio* [John Nash] donde se consideran los beneficios y costes de todas las variables de manera independiente, así como las interacciones que se establecen entre todas ellas.

La gestión del conocimiento administra el *capital intelectual* de una organización institucional compleja. La característica principal del capital intelectual, a diferencia de los otros tres factores de producción, es que cuanto más se usa no se *desgasta*, ni tampoco se deteriora: aumenta. Su productividad por unidad invertida es la más alta, y la más rentable a medio y largo plazo. Los gastos en capital intelectual se deben incluir en la contabilidad como inversión aunque no siempre se está dispuesto a aceptar esta categoría pues se supone que es un coste. El capital intelectual es la *suma* de tres capitales que tienen la condición de bienes intangibles.

El *capital humano* supone conocimientos formales, actitudes, satisfacción con el trabajo y el puesto ocupado, reconocimiento personal del sentido de lo que se hace, identificación y compromiso con el objetivo por el que se trabaja

[puede ser temporal o permanente], sentimiento de equipo, motivación de logro, reconocimiento del valor de cada cual al margen de sus conocimientos formales, puesto o graduación. En las teorías de las organizaciones complejas se presta atención especial al papel del líder y del liderazgo. En este caso se sigue reconociendo la importancia del líder, del jefe, pero no es menos importante el valor de los *seguidores*. Se puede aplicar a los ejércitos el argumento básico en el comportamiento científico que se resume en el enunciado clásico: *a hombros de gigantes se puede ver más lejos*. Son muchos los datos que confirman que el líder del combate puede serlo porque ha sido capaz de crear un equipo donde abunda la confianza junto con el sentido de responsabilidad de todos y cada uno de los componentes de la unidad.

En segundo lugar, no menos importante que el anterior, es el capital *estructural*. Lo compone tanto la estructura de la organización, como las características que permiten hacer frente a las necesidades previstas e imprevistas. Por lo general este capital se refiere a las estructuras *rígidamente flexibles* capaces de adaptarse con rapidez a los cambios y, llegado el caso, dejando a un lado los reglamentos. Incluye también la *cultura de empresa* que no es sino la acumulación de saberes antiguos y modernos que se han ido depositando a lo largo de su historia. Incluye los éxitos y también los fracasos que son de los que más se aprende. Se añade al concepto la capacidad para captar, promocionar, y retener los distintos tipos de personal. En unos casos parte de ese personal debe ser permanente, al margen del puesto que ocupan en la organización, otro personal será conveniente que entre y salga de la organización con el fin de aportar e incorporar conocimientos y habilidades de otras organizaciones. Un tercer grupo del personal, al margen del grado, podrá salir de manera definitiva de la organización al cabo de un tiempo de servicio.

La remuneración del personal tendrá que ser la adecuada. Será difícil que su salario responda a las leyes del mercado regido por la oferta y la demanda [modelo ocupacional según Charles C. Moskos]. El ambiente de satisfacción deberá ser cuidado de manera especial, caso de la profesión militar, pues se renuncia de manera voluntaria a los derechos que se reconocen por ley a los demás trabajadores. Habrá que ser especialmente sensibles para garantizar los derechos que no se pierden pues aunque militares siguen siendo ciudadanos en uniforme. Para compensar la diferencia entre el salario real con el que se podría percibir en el mercado se utiliza una cantidad intangible en un principio, concreta después cuando se sale de la organización militar y se ingresa en otra. Se trata de la *empleabilidad* El trabajo, los conocimientos especiales que se han adquirido [no se encuentran disponibles en otros lugares de trabajo y formación], el reconocimiento de los servicios prestados, las responsabilidades asumidas, el haber trabajado en una organización con

un alto reconocimiento y prestigio social complementan el salario monetario. Cuando se abandona la organización y se ingresa en otra este bagaje inmaterial es reconocido, debe ser reconocido como se debe por el nuevo empleador compensado las carencias previas.

Las organizaciones institucionales más rentables no lo son tanto por su valor en bolsa, valor de sus activos contables, sino por su *valor de imagen*. Promocionar, mantener e incrementar el valor de la imagen no es fácil. Requiere inversiones, pero sobre todo se debe mostrar coherencia en los mensajes que se emiten desde la organización manera consciente, o corrigiendo sin demora los que aparecen de forma inconsciente y con contenidos contrarios a lo que se propone, al tiempo que se responde de manera adecuada los mensajes que proceden del exterior. El resultado de esa interacción es el valor que se está dispuesto a pagar por el uso del servicio que presta la organización. La experiencia muestra que cuando se reduce el valor de la marca, su recuperación es difícil y costoso, probablemente imposible a corto y medio plazo.

El capital intelectual tiene un tercer componente: el *capital asociativo* de la organización [capital *relacional*]. La exigencia no es otra que aprovechar los efectos multiplicadores que llegan desde el exterior, desde otras organizaciones, al tiempo que se proyecta hacia el exterior las habilidades y conocimientos desarrolladas en la propia organización de manera colectiva o individual. Así se reducen costes y aumentan los beneficios. Otro de los efectos que se consigue es el refuerzo de la trama organizativa de la sociedad, las alianzas que van más allá de las alianzas que se mantienen con sus iguales.

Las organizaciones empresariales que se mueven en este sentido [no son muchas en los países menos competitivos] prestan una atención especial a la estructura de sus *clientes* que no son solamente los que compran sus bienes y servicios. Hay clientes secundarios, remotos, con los que se debe mantener una sólida lealtad hacia ellos. Se mantienen las mismas actitudes ante los *proveedores*. Hay que darles apoyo de modo que no decaiga su satisfacción como clientes y proveedores.

El capital asociativo supone estar en contacto con laboratorios, centros de enseñanza y de investigación de los que beneficiarse y a los que se le puede aportar ideas y métodos de trabajo. Son fundamentales conseguir unas relaciones cordiales y constantes con los formadores de opinión. Se debe mantener una apertura, no sumisa ni servil a los medios de comunicación.

La crisis de los ejércitos tiene un tercer plano: el más complejo, sin desmerecer las dificultades que supone la redacción de una nueva doctrina, o el diseño de la estructura con la que se pretende aplicar la doctrina. El cambio

supone volver a dar sentido a la profesión tanto para los propios profesionales, como para los que se relacionan con ellos, políticos y gestores de la política de seguridad y defensa, así como para al resto de los ciudadanos. En este punto el capital asociativo se muestra imprescindible. La publicidad no es la solución. Tampoco se solucionan las dificultades apelando a la disciplina, ni a las sesiones en las que se aplica terapias de carácter *asambleario*.

La experiencia de los cambios que se conocen, no son muchos, permiten señalar las condiciones que acompañan el tránsito. En ningún caso ha sido fácil. Se parte del reconocimiento de que se debe cambiar; lo que se impone, o lo que se imita no terminan de alcanzar los objetivos previstos. Reconocida la necesidad se toman decisiones continuadas y acumulativas, aceptando que el error es posible, y estando dispuestos a rectificar lo antes posible. Deben mostrar la voluntad decidida de alcanzar el objetivo que nunca se propone a corto plazo. En todo el proceso, nunca termina pues alcanzado un objetivo se descubre otro, se tiene que disponer del apoyo interno para aclarar las dudas y apoyar a quienes deben aclararlas, así como se tiene que contar con la colaboración de personas, organizaciones e instituciones externas que reconocen la necesidad del cambio y se muestran dispuestas a trabajar para conseguir el objetivo propuesto.

El esquema de las discusiones con Gonzalo queda resumido en lo dicho hasta aquí. Lo desarrollé y lo desarrollamos junto con otros colegas en varias publicaciones. De manera contundente, en todos los sentidos de la expresión, lo presentamos en el Congreso Mundial de Sociología que se celebró en Madrid, delante de Charles C. Moskos. Rechazamos, cada uno por nuestro lado y con táctica envolvente, la idea de *ejército ocupacional* que venía proponiendo en varios de sus escritos. Moskos todavía siguió defendiendo su propuesta, aquí, en Madrid, cuando había dejado en la imprenta pocas semanas antes una serie de matizaciones importantes a lo que venía defendiendo hasta entonces.

Lo que proponíamos entonces era la verificación [con datos empíricos a partir de las encuestas realizadas en el Ejército del Aire] de la hipótesis de Morris Janowitz: los ejércitos del futuro tendrían un sentido que los haría parecerse cada vez más a las fuerzas policiales. Conservo una fotografía que me facilitó Gonzalo y que resume el argumento con contundencia y de manera gráfica. Se ve a unos soldados franceses en una carretera en Kosovo, cerca de un puente. Son soldados de una unidad de élite, ¿paracaidistas?, que habían añadido a su uniforme elementos de protección propios de la policía antidisturbios: rodilleras, defensas, cascos con viseras. El vehículo que protege la unidad tiene rejillas en sus ventanillas.

En todos estos trabajos en los que sigo me acompañé de las ideas, comentarios, críticas, dudas y sugerencias de Gonzalo. Cualquier momento era el apropiado para sacar a la luz estos trabajos y compartirlos con él. Doy fe de que los momentos donde se encontraba más cómodo era cuando se movía entre los alumnos de la Facultad. Disfrutaba provocando a los alumnos con ideas que *no se imaginaba que las propusiera un guardia civil en activo* [tal como me reconocieron los alumnos en distintas ocasiones]. Sugería líneas de trabajo para tesis que invitaba a redactar llegado el momento.

En una ocasión, fue en una clase donde encontró cierto desapego a lo que decía, recriminó a los alumnos por su pasividad. Les comentó que en las cosas del trabajo y la investigación, no se podían dejar para un mañana indeterminado. Apoyó el principio con un argumento contundente: *los universitarios somos ciudadanos privilegiados gracias al esfuerzo que hacen el resto de los trabajadores que nunca tendrían nuestras posibilidades*. No les aceptó el mantenimiento de una postura displicente y narcisista. Exigió compromiso intelectual con el tiempo en el que vivían. El resto del argumento dejó desconcertado al auditorio: *"Hace tiempo que me diagnosticaron un cáncer y no puedo quedarme esperando a que llegue el final: tengo muchas que hacer, igual que todos vosotros"*. Nuca le volví a oír esta excusa en las clases que siguieron. Fue la única vez que me permitió conocer su enfado intelectual.

Este anuncio público de su vividura me recordó el momento en el que Gonzalo nos comunicó su mala noticia. Fue en una de las reuniones del grupo de trabajo del CESEDEN. Como director del grupo tuve que informar en una de esas reuniones que el coronel Carlos Echevarria dejaba el grupo porque ingresaba en el hospital para iniciar un tratamiento contra un tumor cancerígeno. Gonzalo nos sorprendió a todos con el anuncio de que a él también le acababan de diagnosticar un cáncer. Ante el desconcierto de todos y animados por él decidimos seguir adelante. Para demostrar la fortaleza, lo festejamos a nuestra manera. Sin ningún recato y sin ningún sentimiento de culpa trasgredimos de forma colectiva algunas normas del recinto militar en el que nos encontrábamos. No volvimos a mencionar el asunto. Sí recuerdo, y mejor todavía lo recuerda el secretario del grupo [capitán de navío Santé] que Gonzalo fue el primer miembro del grupo que entregó el capítulo que se comprometió a escribir: *"Mejor ahora que mañana... mañana pude que ya no tenga sentido"*. Si no fueron esas las palabras exactas que pronunció, sí era la manera precisa de la forma de trabajar de Gonzalo Jar, de Gonzalo.

Del intelectual nos quedan sus libros, los apuntes, y lo que se guarda en las hemerotecas. Es pobre la satisfacción. Nos quedamos sin sus provocaciones para seguir trabajando sobre la idea que acababa de surgir. Nos hemos que-

dado sin sus días más fructíferos, los que habría dedicado a su otro oficio: el de la enseñanza y la investigación. Las ideas no faltaban, y menos las ganas. El tiempo de sus obligaciones no le dejaba mucho para las cosas que le interesaban. Se reservaba para ese tiempo por venir. Estaba ilusionado porque las cuestiones de la seguridad y la defensa iban a tener cabida, por fin, con las posibilidades que ofrecía el Plan Bolonia a los universitarios. El estaba en el proyecto, y con él se contaba desde el principio.

La dictadura de la sinrazón nos obliga a recorrer el camino sin su compañía. Su empeño nos obliga a seguir. Estará vigilante para ver cómo se desarrolla el empeño. Si no lo cumplimos, no sé cómo, pero seguro que nos lo reclamará. Que sea así, y así sea.

La reparación integral del daño. Una perspectiva interna e internacional

Jorge Pipaón Pulido
Abogado del Estado

I. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

La intención del presente ensayo, es la de esclarecer con carácter no exhaustivo el concepto de reparación que a nuestro humilde juicio resultaría adecuado aplicar en España en confrontación con la legislación y la jurisprudencia internacional en los supuestos de aplicación de leyes que tiene por objeto la determinación de las compensaciones a aquellas personas que pueda serles atribuidas el concepto de víctimas o perjudicados por hechos ilegítimos que no tengan el deber jurídico de soportar y señalando ya, desde el inicio, que nos movemos dentro del ámbito de los daños extracontractuales.

Es nuestro Código Civil el primer hito del camino. El artículo 1089 configura como una de las fuentes de las obligaciones la derivada de actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, diferenciando posteriormente en los artículos 1092 y 1093 las obligaciones surgidas de los delitos y faltas, de las derivadas de las acciones y omisiones no penadas por la ley en las que intervenga culpa o negligencia.

Partiendo de la regulación de nuestro Código Civil, el artículo 1902 señala la obligación que el causante del daño tiene de "reparar" al perjudicado. Ahora bien, nada se indica sobre el alcance y el contenido de esa reparación. No olvidemos que académicamente "reparar" no sólo supone arreglar o enmendar, algo que contiene un elemento evidentemente patrimonial o económico; el

concepto de reparación también significa "satisfacer" al ofendido perjudicado, "desagraviarle" frente al daño que se le ha causado.

Nuestra jurisprudencia, dentro de la concepción de la "reparación integral" del perjudicado, intenta traernos numerosos razonamientos en la búsqueda de un concepto de reparación integral del daño.

Así, como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 260/1997 de 2 abril señala que, "esa indemnización comporta una íntegra reparación de los daños y perjuicios causados. Establece la Sentencia de 10 enero 1979 que la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable (según lo proclama el artículo 1106 del Código Civil), abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo"; en igual sentido se manifiesta la Sentencia de 13 abril 1987, citada en la de 28 abril 1992, al decir que, "no existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos 1106 y 1902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma".

Vemos como en estas Sentencias se habla de manera indistinta del concepto de "reparación" y el concepto de "indemnización de daños y perjuicios" como términos sinónimos al poner en contacto directo el artículo 1902 y 1106 del Código Civil, este último precepto habla expresamente del contenido de la indemnización de los daños y perjuicios incluyendo la tradicional regla del daño emergente y del lucro cesante como elementos determinantes de las indemnizaciones. No obstante, como anteriormente hemos perfilado, el concepto de "reparación" manejado por parte del artículo 1902 del Código Civil parece merecer mayor extensión ya que, de no ser así, carece de sentido la diferente redacción con el artículo 1106. El artículo 1902 del Código habla de reparar el daño y no sólo de indemnizarlo.

Otro hito dentro de la evolución del concepto de reparación, como algo más que la indemnización del daño patrimonial del artículo 1106 del Código Civil, la encontramos en los denominados daños morales. Entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 58/2006 de 10 febrero señala que, "Esta Sala ha venido declarando que la determina-

ción de la cuantía por indemnización por daños morales, como es aquella que se concede por la sentencia de instancia, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste". En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, SSTS 31 de mayo de 1983, 25 junio de 1984, 28 de marzo de 2005 y 28 de abril de 2005)".

Por medio de la doctrina jurisprudencial de la indemnización de los daños morales, lo que se busca es la reparación del denominado *pretium doloris* [precio del dolor] o indemnización por el daño moral, ahora bien, lo que se pretende es precisamente una ampliación del objeto a indemnizar. Por vía jurisprudencial se integra extra muros de la dicción literal del artículo 1106 del Código Civil, en el concepto general de indemnización, la reparación integral del daño. La jurisprudencia busca satisfacer la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño consecuencia de la actividad productora de daño en cada supuesto pero bajo la consideración global de que reparar es indemnizar e incluyendo en el marco económico indemnizatorio todas las acepciones de la reparación.

Ahora bien, como hemos señalado, "reparar" implica algo más. Indudablemente el verse víctima de hechos ilícitos genera un incuestionable quebranto moral añadido al patrimonial o económico. La traducción meramente económica de la reparación por ese daño moral quedándose ahí y sin dar un paso adicional que consista en profundizar sobre el concepto de reparación integral, entendemos, no responde al verdadero sentido integral de la reparación.

En diversa legislación interna española apreciamos esta misma carencia de un modo claro que las actuales iniciativas legislativas van corrigiendo. Esto podemos verlo claramente en dos supuestos concretos como son la legislación en materia de indemnizaciones originadas por daños derivados del uso de vehículos a motor y en el caso de la indemnización a las víctimas del terrorismo, legislaciones especiales que pueden verse acompañadas por una breve mención sobre la cuestión de la responsabilidad civil derivada de los delitos contenidas en nuestro Código Penal.

II. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DAÑOS POR VEHÍCULOS A MOTOR

Podemos partir del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, norma consagrada como orientadora general en materia de fijación del importe de indemnizaciones a las víctimas de hechos ilícitos sean o no cometidos por medio de vehículos a motor por parte de nuestra jurisprudencia. Esta norma señala en el artículo 1.2 que, "Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley".

Es relevante señalar que se hace referencia a la cuantificación del daño, esto es, lo que se pretende es de nuevo integrar de manera total el concepto de reparación en el concepto de indemnización. No se trata, si queremos decirlo así, de reparar de manera íntegra, sino de indemnizar de manera integral valorando la totalidad de los eventuales daños tanto materiales como morales causados y traduciéndolos en un montante económico, considerando así a la víctima reparada.

La propia Exposición de Motivos de la norma al tratar de sus antecedentes legislativos así lo afirma de manera clara, "la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, incorporó a la ya Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor un anexo con el título de «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», en el que se recoge un sistema legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles como consecuencia de la responsabilidad civil en que se incurre con motivo de la circulación de vehículos a motor". Este sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, "una cuantificación legal del «daño causado» a que se refiere el art. 1.902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el art. 116 del Código Penal".

Sin embargo, debemos insistir en que la última afirmación relativa a que se trata de cuantificar legalmente el daño causado a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil no es correcta, este precepto habla de "reparar" y no de indemnizar en sentido estricto.

El Texto Refundido, en esta aparente identificación, por medio de su Anexo establece unas Tablas indemnizatorias en donde se incluyen en sus importes tanto el daño material como el moral. Así, en su apartado Primero denominado "Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización", señala que, este sistema se aplicará a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso. Además, determina los conceptos indemnizables como serían la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no y las incapacidades temporales. Se incluye la obligación de satisfacer, en todo caso, los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, los gastos de entierro y funeral según los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio, en la cuantía que se justifique.

En materia de daños morales, la cuantía de la indemnización es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes.

En esta norma apreciamos que se abordan elementos relativos a la reparación integral pero no en todos sus sentidos o elementos componentes como posteriormente veremos a la luz del Derecho Internacional. Se advierten los elementos reparatorios materiales bajo la figura de la indemnización y también apreciamos la presencia del componente rehabilitador comprensivo de las atenciones sanitarias, pero entendemos que no se abordan o al menos no

se intentan adaptar a las circunstancias precisas de la naturaleza de estos daños, otros conceptos que deben integrarse en la idea general de reparación integral que después afrontaremos.

III. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Otra de las normas relevantes como manifestación del cuadro general indemnizatorio sería la relativa a las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo sin perjuicio de que advirtamos ya, que la nueva iniciativa legislativa sobre esta materia pretende dar un positivo cambio en la materia de la reparación integral.

La Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, tiene por objeto y como finalidad esencial, el que el Estado rinda testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y en consideración a ello, asume el pago de las indemnizaciones que le son debidas por los autores y demás responsables de tales actos.

La norma establece la determinación de los beneficiarios de tales indemnizaciones que, de nuevo, se equipara a la forma esencial de reparación, diferenciando entre víctimas directas y los supuestos de beneficiarios para el caso de fallecimiento de las mismas.

Así en el artículo 6 de la Ley sobre cuantificación de las indemnizaciones y compensaciones, concreta la declaración inicial de la Ley en su artículo primero sobre la asunción por parte del Estado del pago de las indemnizaciones y se extiende al pago de las mismas determinadas por daños físicos o psicofísicos causantes de determinadas contingencias como serían la gran invalidez, el fallecimiento, incapacidad permanente total, absoluta o parcial y las lesiones permanente no invalidantes.

A este cuadro de reparaciones identificadas como indemnizaciones se le acompaña de otras ayudas en el artículo 7 de corte compensatorio material o económico, como serían la adopción de las medidas necesarias para asegurar la exención de todo tipo de tasas académicas en los centros oficiales de estudios de todos los niveles de enseñanza a las víctimas de actos terroristas así como a sus cónyuges y sus hijos o ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas, siempre que se acreditare la necesidad actual de los mismos y no hubieran sido cubiertos bien por un sistema público o privado de aseguramiento, bien por el régimen

público de resarcimientos o ayudas a las víctimas de actos terroristas. A lo anterior, se suman compensaciones o exenciones tributarias, por cuanto las cantidades percibidas como consecuencia de las indemnizaciones a que se refiere la Ley estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de cualquier impuesto personal que pudiera recaer sobre las mismas considerando, a efectos fiscales, las indemnizaciones como prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo.

También el Reglamento aprobado por el RD 288/2003, de 7 de marzo, de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo, termina por encajar el sistema de ayudas materiales y/o económicas considerando resarcibles por el Estado, los daños corporales, los gastos en razón de tratamiento médico y los daños materiales causados como consecuencia o con ocasión de delitos de terrorismo cometidos tanto por bandas armadas y elementos terroristas como por persona o personas que alteren gravemente la paz y seguridad ciudadana, a quienes no fueran responsables de dichas actividades delictivas.

Esta norma vuelve a delimitar los daños resarcibles incluyendo los daños corporales; los materiales en viviendas y/o establecimientos, sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales; gastos de alojamiento provisional mientras se efectúan las obras de reparación de las viviendas habituales de las personas físicas; o los causados en vehículos particulares, así como los sufridos por los destinados al transporte terrestre de personas o mercancías, salvo los de titularidad pública.

A lo anterior, se añaden ayudas específicas de estudio; asistencia psicológica y psicopedagógica, con carácter inmediato, tanto para las víctimas como para los familiares; subvenciones a las asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones, sin ánimo de lucro, que representan y defienden intereses de las víctimas del terrorismo; y las ayudas extraordinarias para paliar, con carácter excepcional, situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas, no cubiertas o cubiertas de forma notoriamente insuficiente por las ayudas ordinarias.

Por último, simplemente mencionar al RD Ley 6/2006, de 23 de junio, sobre pensiones excepcionales a las víctimas de delitos terroristas que cierra el marco general de compensaciones económicas en esta materia.

Por tanto y hasta aquí observamos que el concepto de reparación nuevamente se maneja en el contexto económico-material, en forma de indemnizaciones en sentido estricto o de compensaciones materiales o ventajas fiscales.

Quizá sí sea justo reconocer que en este ámbito sí se ha dado un pequeño paso adelante en el sentido de que la víctima del terrorismo debe ser compensada de una manera más amplia que mediante la siempre justa aunque siempre insuficiente indemnización económica y que nos permite irnos acercando al concepto que, al final de este breve ensayo, defenderemos como adecuado al concepto real de reparación. Así, el artículo 4 de la Ley de Solidaridad establece la regulación de las Distinciones honoríficas con el fin de honrar a las víctimas del terrorismo, creándose la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo. El Gobierno, previa solicitud de los interesados o de sus herederos, concederá las condecoraciones contempladas en este artículo en el grado de Gran Cruz, a título póstumo, a los fallecidos en actos terroristas, y, en el grado de Encomienda, a los heridos y secuestrados en actos terroristas. Esta condecoración o reconocimiento de valor esencialmente moral y no material nunca podrán ser concedidas a quienes, en su trayectoria personal o profesional, hayan mostrado comportamientos contrarios a los valores representados en la Constitución y en la presente ley y a los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales. Es el RD 1974/1999, de 23 de diciembre, el que regula el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del terrorismo.

Por tanto, en esta normativa se aprecia una mayor ampliación de la concepción de la reparación integral. A la idea puramente económica o material derivada de la concesión de indemnizaciones o exenciones fiscales, se le añade el componente rehabilitador de la asistencia social y sanitaria y se adiciona un componente nuevo, el de la satisfacción, pero en su vertiente de reconocimiento público por medio de distinciones o condecoraciones honoríficas.

IV. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL CÓDIGO PENAL

Otro hito legislativo interno que cabe abordar brevemente lo encontramos en el ámbito de nuestro Código Penal. Aquí la situación resulta aún más compleja, por cuanto dentro de la categoría general de la responsabilidad civil se acuñan tres conceptos que, inicialmente en el ámbito estrictamente civil, pretendían denominarse "reparación integral".

Así, el artículo 109 señala con carácter general e indeterminado que, "1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados".

La dicción literal de este primer apartado puede conectarse plenamente con lo señalado en el artículo 1902 del Código Civil, se emplea el concepto de reparación de manera integral sin concreción alguna.

Sin embargo, la dificultad que entraña el Código Penal aparece en los siguientes artículos cuando emplea como instituciones diferenciadas los conceptos de restitución, reparación en indemnización de perjuicios materiales y morales.

El artículo 110 señala como "Formas de la responsabilidad civil":

- La restitución, que el artículo 111 define como institución destinada a la obtención por parte de la víctima del objeto material perdido o deteriorado por el delito bajo un criterio inicial de "identidad de objeto", se debe restituir siempre que sea posible el mismo bien.
- La reparación del daño, que no se describe de manera conceptual sino prestacional, por cuanto reparar podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.
- La indemnización de perjuicios materiales y morales, la cual simplemente se define por su ámbito subjetivo de alcance en el artículo 113, "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

  Este sistema de responsabilidad Civil ha sido concretado y clarificado por la jurisprudencia. En materia de concreción del verdadero alcance de la responsabilidad civil *ex delicto*, el principio esencial es el de la restitución o reparación *in natura*, ya seguido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de febrero de 1959 y 31 de marzo de 1955, y que puede considerarse definitivamente consagrado a partir de la sentencia del alto Tribunal de 3 de marzo de 1978. Y ello por las siguientes razones, contenidas en las Sentencias citadas y en muchas otras de las Audiencias Provinciales —es especial destaquemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) 326/2005, de 8 abril—:

- La responsabilidad civil *ex delicto* ha de atender en primer lugar, dada la gradación que se desprende del actual art. 110 del Código Penal (igual al 101 del anterior CP de 1973), a la reposición de la cosa al estado que tenía antes del hecho punible; pues siendo su finalidad primordial restaurar el derecho quebrantado del titular, el mejor camino para ello es

resituar las cosas objeto de la lesión antijurídica en el ser y el estar que tenían cuando dicha lesión se efectuó. De ahí que la indemnización de perjuicios tenga siempre un carácter subsidiario respecto al de la reparación *in natura* (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1973 y 7 de junio de 1983).

- Como ya decía, por ejemplo, la STS de 9 de diciembre de 1994, rec. 1986/91, «la indemnización de los daños y perjuicios (aquí, la derivada del art. 110 del CP), no es sino el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y por ello, la reparación tiene que ser "total" para restablecer el equilibrio y la situación anterior al evento, de suerte que el perjudicado resulte "indemne"».
- En definitiva, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por intervenir culpa o negligencia en el comportamiento del condenado supone, en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de una *restitutio in integrum*, principio que se traduce, en expresión de la doctrina, en que el perjudicado tiene derecho a que sus esferas jurídicas, patrimonial y extrapatrimonial, queden plenamente restauradas y repuestas al umbral de la indiferencia económica, esto es, a un ser y estado idéntico o equivalente al que presentaban en el instante inmediatamente anterior al que sobrevino el evento y esta reparación íntegra, comprende tanto el menoscabo o pérdida sufridos, como las ganancias dejadas de obtener o lucro cesante. Es significativo en este sentido, que el art. 111 del CP, a propósito de la restitución, establezca el principio de que siempre que sea posible deberá restituirse el mismo bien, con el abono añadido de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen, lo cual ayuda bastante a esta interpretación.
- A partir de la Sentencia de 3 de marzo de 1978, antes citada, se viene adoptando el llamado sistema de *restitutio in natura*, que con estricta fidelidad al contenido del art. 1902 del Código Civil, estiman que la indemnización de perjuicios ha de englobar los realmente causados con independencia de que la cuantía de la reparación del objeto exceda a su posible valor en venta o al que tenía cuando entró por primera vez en el mercado, ya que tal circunstancia, en modo alguno puede compeler u obligar al perjudicado a percibir otra prestación diferente u otro objeto de características similares al que tenía, no sólo por la dificultad de encontrar otro de semejantes condiciones al anterior, sino también por los vicios o defectos ocultos que pudiera tener, así como por la falta de seguridad acerca de su ulterior funcionamiento y porque, en definitiva,

quedaría al arbitrio y decisión del deudor la elección de la forma y conceptos de la pertinente indemnización.

– Rechazando tesis nominalistas, debe entenderse que el perjudicado tiene derecho a ser reparado totalmente, de suerte que indemnización equivale a quedar indemne y ello sólo se logra con el total resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, criterio que es acogido incluso por el sistema de valoración de los daños reflejado en la Ley 30/95, que ya hemos abordado con anterioridad. En este sentido, la Jurisprudencia ha afirmado que las obligaciones indemnizatorias son auténticas «deudas de valor», en las que el dinero no constituye propiamente el objeto de la prestación debida, sino el medio con el que se trata de lograr el resarcimiento de un determinado valor. Tal criterio se sigue por numerosas resoluciones de distintas Audiencias Provinciales; así, las dictadas por la Audiencia Provincial de Girona, S. 10-1-2000, Álava, S. 10-4-2000, Sevilla, S. 4-10-2000 (JUR 2001, 7830), Madrid, SS. 20-11-2000 (JUR 2001, 51265) y 31-7-2001 (JUR 2001, 290420) y (JUR 2001, 290425), Vizcaya, S. 10-2-2001 (JUR 2001, 135609), Pontevedra, S. 26-2-2001), Almería S. 6-06-2001 (JUR 2001, 227765), Baleares: S. 11-7-2001 (JUR 2001, 269176), Audiencia Provincial de Castellón S. 23-7-2001 (JUR 2001, 270712) y (JUR 2001, 270725), Cádiz S. 30-7-2001 (JUR 2001, 290206), Las Palmas de Gran Canaria S. 31-7-2001 (JUR 2001, 271588), Audiencia Provincial de Barcelona (entre otras, SS. de 2-6-2003 y 3-10-2001 [JUR 2002, 39002]), las que, recogiendo doctrina del Tribunal Supremo, entienden que las deudas indemnizatorias de daños y perjuicios son deudas de valor que, para determinar su cuantía, debe atenderse al valor del dinero con el que se resarce el daño, que no es otro que el valor del dinero en el momento de la fijación del «quantum» al dictar Sentencia. En parecidos términos sobre la concepción como deuda valor de toda indemnización tenemos que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (SSTS, Sala 1ª, 26.10.1987 [RJ 1987, 7475]; 23.5.1991; 4.2.1992 [RJ 1992, 825]; 15.6.1992 [RJ 1992, 5138]; 19.10.1996 [RJ 1996, 7508]; 25.5.1998 [RJ 1998, 3998]), ha tenido también ocasión de pronunciarse con el siguiente tenor: «Es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala (SS. 29 junio 1978 [RJ 1978, 2455], 31 mayo 1985 [RJ 1985, 2839], 14 julio 1997 [RJ 1997, 5468], por citar algunas) la de que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquella en que se dicte la sentencia o al período de ejecución de la misma» (STS 25.5.1998). En

parecido sentido, la sentencia TS (2ª) de 15 de febrero de 2001, núm. 232/2001, rec. 4397/1998 (RJ 2001, 2501).

- Finalmente, parece evidente que los Tribunales pueden moderar la cantidad indemnizable, como dispone el artículo 1.103 del Código Civil, valorando a tal fin todas las circunstancias concurrentes, entre ellas también, por lo que viene al caso, la afección por la pérdida del objeto de que se trate y la incomodidad o molestia por la búsqueda, localización y compra de otro de análogas características.

Pues bien, nuevamente nos encontramos ante la falta de una definición de reparación e incluso llegados hasta aquí podemos señalar que la idea del concepto de "reparación" es absolutamente discrecional en atención al marco legislativo ante el que nos encontremos. La reparación del artículo 1902 del Código Civil, identificada en este ámbito con la mera indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, en el ámbito penal pasa de ser una categoría inicial general a ser un elemento particular de los tres componentes de la idea de responsabilidad civil *ex delicto* transitando por la absoluta aleatoriedad del concepto de reparación manejado por parte de la normativa especial aludida en materia de daños derivados del uso de vehículos a motor y en materia de legislación indemnizatoria a las víctimas de actos terroristas.

V. LA CONCEPCIÓN INTERNACIONAL DE LA REPARACIÓN. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN MATERIA DE REPARACIÓN

Una de las manifestaciones más claras que sobre este concepto se manejan, la encontramos que claridad en la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 2005 (60/147), en materia de Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

En esta Resolución la Asamblea General, guiada por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y otros instrumentos pertinentes en la esfera de derechos humanos y la Declaración y Programa de Acción de Viena, se afirma la importancia de abordar la cuestión del derecho a interponer recursos y obtener reparaciones de las víctimas de violaciones manifiestas

de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario de manera sistemática y exhaustiva a nivel nacional e internacional. Inicialmente en esta resolución, se aborda la cuestión esencial del derecho que debe siempre garantizarse a las víctimas de tener el adecuado acceso a la Justicia desde una doble vertiente consistente en no sólo el poder acceder al sistema de recursos judiciales sino también a obtener las adecuadas reparaciones enlazando con lo que ya, sobre esta materia, se señaló por la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 2005/35, de 19 de abril de 2005 y por el Consejo Económico y Social, en su resolución 2005/30, de 25 de julio de 2005, en la que el Consejo recomendó a la Asamblea General que aprobara los Principios y directrices básicos.

Bajo esta premisa, esta Resolución de la Asamblea establece una concepción muy descriptiva de lo que debe entenderse por "Reparación de los daños sufridos", entendiendo que una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

Señala la Resolución, el hecho de que conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad están obligadas a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

Continúa esta Resolución imponiendo obligaciones genéricas a los Estados para establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones o que los Estados deban ejecutar las Sentencias de los Tribunales nacionales o extranjeros que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, estableciendo en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las Sentencias que obliguen a reparar daños.

Lo más determinante de citada resolución, a los efectos que nos ocupa, consiste en que se aborda de manera sistemática el concepto que, ahora sí, podemos denominar de "reparación integral".

Conforme al Derecho interno y al Derecho Internacional y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debe dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Esto es, el concepto de reparación no se circunscribe ya al concepto de indemnización ni a un concepto genérico de compensación material bajo la idea de la simple y pura reparación o restitución económica-material. Se manejan conceptos adicionales, no equiparables totalmente a los manejados por la legislación española, consistente en la rehabilitación, en la satisfacción y en la garantía de no repetición que comparte en concepto integral de reparación junto a la indemnización y la restitución material.

Son los apartados 19 a 23 de la Resolución los que afrontan estos conceptos:

La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) La verificación de los hechos y la revela-

ción pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

Podemos ver otros ejemplos internacionales.

Así, aunque sin duda con matices, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, señala en su artículo 14 que, "Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales".

Más determinante y a nuestro juicio completa, es la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en cuyo artículo 24 apartados 4 y 5, señala que,

> "4. Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada.
> 5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como:
> a) La restitución;
> b) La readaptación;
> c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación;
> d) Las garantías de no repetición".

Desde nuestro punto de vista es ejemplar como otro ejemplo ya dentro del marco del derecho comparado pero que asume sin reservas las concepciones del Derecho internacional Humanitario que hemos señalado, la legislación colombiana en la concepción de la reparación manejada en el ámbito del gran conflicto que sufre este país. La denominada Ley de Justicia y Paz 975 de 2005, define en su artículo 44 el deber de reparación y lo hace, indicando que la reparación de las víctimas de la que trata la ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

En esta norma se entiende por restitución, la realización de los actos que devuelvan a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible.

En la rehabilitación se incluye la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes.

Como medidas de satisfacción y garantías de no repetición se incluye tanto la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima,

la búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas que la decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima, la disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones; la realización de conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas; la prevención de violaciones de derechos humanos; la asistencia a cursos de capacitación en materia de derechos humanos a los responsables de las violaciones.

Esta concepción integral de la reparación de la legislación colombiana ha sido concretada por medio del Decreto 1290 de 22 de abril de 2008, de reparación en la vía administrativa a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la Ley.

VI. REFLEXIONES FINALES E INICIATIVAS LEGISLATIVAS ACTUALES

Indudablemente, desde una perspectiva interna de un ordenamiento jurídico como el español y de un consolidado Estado Social y Democrático de Derecho como es el nuestro, determinados aspectos de esta concepción integral de la reparación carecen afortunadamente de cabida. Pero adentrándonos en alguno de los elementos integrantes de alguno de sus conceptos sí podríamos extraer aspectos plenamente aplicables y que, sin embargo, son obviados por nuestro legislador en esa idea integral del concepto de reparación.

Así, en primer lugar, debería hablarse de un concepto de reparación sistematizado. Sería necesario hablar de restitución material y de indemnización económica pero también, debería incluirse el elemento de la "satisfacción", al menos en algunas de sus acepciones internacionales y en particular cabría que se englobara la inclusión de una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; la disculpa pública del sujeto activo el daño con asunción de las responsabilidades cuya omisión debería ser determinante de la aplicación de agravantes y no tratarse como atenuante —al margen de su acepción como elemento relativo la régimen de cumplimiento de penas privativas de libertad que después veremos—; la realización periódica y obligatoria de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; o la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de

las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Desde esta misma perspectiva, cabría integrar el concepto de rehabilitación, pudiendo entenderse incluidos dentro del concepto de "reparación" en todo caso la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

Podemos detenernos en el elemento adicional de la concepción de la reparación integral que se omite en nuestro ordenamiento jurídico interno como sería el concepto de "garantía de no repetición". Indudablemente la concepción internacional de este elemento adicional de la reparación integral se introduce, por sus caracteres, en ámbitos en donde efectivamente falla el sistema de control para el mantenimiento del orden y la paz pública por parte de las Administraciones competentes para ello y que ejercen el monopolio de la fuerza e incluso se incardina en los supuestos en los que son precisamente estas Administraciones las que cometen o incurren en la comisión de violaciones de los derechos humanos. No obstante, la potenciación de instrumentos educativos y de formación en los centros educativos, la adopción de medidas concretas que permitan intentar resolver *ad hoc* los conflictos sociales en determinados territorios que pueden dar lugar a la comisión de hechos delictivos reiterados basados no en una motivación propia de una delincuencia común, sino al amparo de otras motivaciones; y lo más relevante, que estas medidas, discutibles sin duda, se adopten no como un instrumento de política general sino como consecuencia del derecho de la víctima de un hecho ilícito a que se le garantice la no repetición, sería un evidente paso adelante dentro del derecho a la reparación integral que le asiste.

Esto es, la configuración de la reparación integral como institución compuesta por los elementos de indemnización, restitución, reparación material, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, es la concepción hacia la que necesariamente debería acudir nuestra legislación interna para adaptarse a la concepción prevista por la normativa internacional.

En España, las actuales iniciativas parlamentarias para la aprobación de una nueva Ley en materia de víctimas del terrorismo van precisamente en la línea marcada. Actualmente se tramita en el Congreso de los Diputados la denominada *Proposición de Ley de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo*, cuyo texto ha sido presentado el 25 de junio de 2010 y ha sido calificado el 19 de julio del mismo año. En este texto y sin perjuicio de ulteriores modificaciones antes de su aprobación —más que previsible por cuanto la proposición parte de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular en el Congreso, Catalán (Convergència i Unió), Vasco (EAJ-PNV), de Esquerra

Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya verds y Mixto—, se parte ya desde su propia denominación del concepto de "protección integral".

En su artículo 1, se señala como objeto el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en la víctima y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista.

Esto es, aunque no se empleen los términos propios del Derecho Internacional relativos a la reparación, restitución, satisfacción o garantía de no repetición, se aborda bajo la enumeración del contenido del objeto la Ley muchos de sus elementos.

Se habla ya no sólo de indemnizaciones o de ayudas de carácter material, se aborda también el concepto de reconocimiento, de atenuación de consecuencias, de garantías y condecoraciones.

Cabe destacar en materia de satisfacción a la víctima, la propia finalidad de la proposición de la Ley aborda este elemento de manera decidida en su artículo 2 cuando señala los valores y la finalidad de la misma, indicando expresamente que, "1. Esta ley se fundamenta en los valores de memoria, dignidad, justicia, y verdad. Memoria, que salvaguarde y mantenga vivo su reconocimiento social y político. Dignidad, simbolizando en las víctimas la defensa del Estado de Derecho frente a la amenaza terrorista. Justicia, para evitar situaciones de desamparo de las víctimas. Verdad, al poner de manifiesto la violación de los derechos humanos que suponen las acciones terroristas".

De igual modo y de manera acorde con la concepción internacional de la reparación integral, el artículo 2.2 señala esta idea, al enumerar los instrumentos para la realización de los fines de la Ley. Así, para el cumplimiento de estos valores la ley articula un conjunto integral de medidas que corresponde impulsar e implantar a la Administración General del Estado y a las Administraciones Públicas competentes, y que podemos sistematizar en atención al concepto defendido de reparación integral:

Satisfacción: reconocer y promover la dignidad y la memoria de las víctimas del terrorismo y asegurar la solidaridad y la justicia con las mismas; reconocer y apoyar a las personas objeto de amenazas y coacciones de los grupos terroristas y de su entorno; cabe destacar en este vector el artículo 55 que señala que, "Los poderes públicos impulsarán medidas activas para asegurar, dentro del máximo respeto y dignificación de las víctimas, y mediante actos,

símbolos, monumentos o elementos análogos, el recuerdo y el reconocimiento de las víctimas del terrorismo".

Garantías de no repetición: Dotar de una protección integral a las víctimas del terrorismo; establecer un marco específico en el tratamiento procesal de las víctimas, especialmente en los procesos en los que sean partes; promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra el terrorismo.

Indemnización y reparación material: resarcir a las víctimas, mediante las indemnizaciones y ayudas previstas en la ley, de los daños personales y materiales sufridos como consecuencia de la acción terrorista; establecer mecanismos de flexibilización y coordinación en el conjunto de trámites administrativos que son precisos para obtener las indemnizaciones, ayudas y prestaciones previstas en la ley.

Rehabilitación: fortalecer las medidas de atención a las víctimas del terrorismo, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito de la protección social, los servicios sociales y sanitarios; consagrar los derechos de las víctimas del terrorismo, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.

Sin embargo, debemos destacar en la ausencia de algunas de las que consideramos más relevantes manifestaciones del concepto de "reparación integral" que se manejan en el Derecho Internacional y que hemos ido desgajando. Dentro del ámbito de la satisfacción, llama la ausencia de la idea del la disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades o la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles como elemento de la denominada "garantía de no repetición".

Desde luego, ambas medidas dentro del concepto de reparación en el elemento integrante de la satisfacción suponen para su aplicación la reforma de determinadas normas específicas.

El concepto de disculpa pública para dotarlo de eficacia podría encontrar su encaje dentro del ámbito de nuestro Código Penal, pero no debe confundirse con el perdón solicitado a la víctima por parte de personas condenadas por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que actualmente se configura como elemento determinante de reinserción social a los efectos de la obtención de la libertad condicional a que

se refiere el artículo 90 del Código Penal. Esta concepción del perdón supone la obtención de un beneficio para el autor del delito y no se configura como una medida de satisfacción para la víctima del mismo. Sin entrar en las múltiples doctrinas que en materia de política penal y penitenciaria puede encerrar esta valoración del perdón, lo que sí es cierto es que en el ámbito del Derecho Internacional, la petición pública de disculpas es una medida de satisfacción a la víctima y consideramos que así debería configurarse en nuestro Código Penal, valorando incluso la posibilidad de que en caso de ausencia de la misma las penas puedan ser agravadas, lo cual puede ser conciliable con el hecho de que un perdón posterior pueda considerarse como un elemento efectivo de demostración de reinserción social que permita acceder a la libertad condicional dentro del ámbito de la pena inicialmente impuesta e incluso agravada por su ausencia. Se podría así conciliar ambos conceptos o dotar de un doble efecto al perdón, diferenciando al perdón como elemento determinante de la pena como agravante, del perdón como elemento definitorio de las condiciones de la ejecución de una pena agravada.

De igual modo, en materia de inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles supondría la inclusión de esta materia en el ámbito educativo y de formación a todos los niveles, lo que afectaría sin duda no sólo, que también, a la etapa de enseñanza básica y obligatoria sino en general a todos los procesos de formación para el acceso a la función pública para grupos o puestos de especial incidencia en los sectores en donde determinados delitos, especialmente graves para la colectividad, tienen incidencia.

Cabe conforme a todo lo hasta ahora expuesto, señalar como colofón final que efectivamente nos encontramos ante una falta de definición general del concepto de reparación integral que ha dado y da lugar a que, por la vía de la legislación especial sobre cada materia en relación con la diferente causalidad de los daños, el concepto de reparación sea diferente a lo cual, se añade la intervención por parte de nuestra jurisprudencia que tiende a redefinir los perfiles legislativos sobre la materia para adaptarlo a las circunstancias de cada caso concreto enjuiciado.

No cabe duda de que la causa de los daños determina la reacción legislativa. Evidentemente la reacción no será igual en los casos en los que la causa del daño derive de los necesarios conflictos originados por la convivencia ciudadana en marcos de normalidad, que en los casos en los que la causa del daño derive de causas que lo que pretenden precisamente es alterar de manera colectiva la paz social y no simplemente generar un daño individualizado. Los

conceptos de la reparación integrados por la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición, pueden no ser de necesaria aplicación a casos comunes y normales de producción de daños al menos en todas sus acepciones y con todo su alcance, pero el establecimiento de una concepción clara del concepto de "reparación integral" con una remisión a su aplicación a cada caso y en atención a sus circunstancias bajo el prisma de que no sólo debe identificarse con su vertiente de compensación económica o material, permitiría dotar al sistema de una mayor seguridad jurídica y no haría depender de la legislación específica la determinación de este concepto que, en principio, debe ser de aplicación igualitaria a todo perjudicado por actos ilícitos que no tenga la obligación jurídica de soportar.

Los Derechos Humanos en el nuevo orden jurídico internacional. Por una metacrítica de la teoría general de los Derechos Humanos

FERNANDO OLIVÁN LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos

I. PARA UNA INTRODUCCIÓN

El concepto, la misma idea de Derechos Humanos está íntimamente unida a una específica comprensión de la Justicia. Quizá, incluso, podríamos ir más allá, hablar de Derechos Humanos supone una específica comprensión de la injusticia y, con ello, la urgencia de dotar a la persona, al hombre, de una titularidad de derechos con la que hacerla frente. Por eso toda teoría de los Derechos Humanos nace como una reacción a algún tipo de injusticia insoportable.

Justamente por esto, lo primero que tenemos que plantearnos es la oportunidad de un discurso de este tipo. En definitiva, en estos albores del siglo XXI ¿Es pertinente hablar todavía de Derechos Humanos? El hombre del siglo XXI ¿Siente, todavía, el flagelo de algún tipo de opresión aborrecible? La respuesta a esta pregunta puede construirse de forma directa o indirecta, y quizá, en este segundo ángulo es donde tengamos la respuesta.

Si hoy día, y esto es una realidad contrastable en la mera eficacia editorial, vuelven a estar de moda las obras teóricas que tratan sobre los Derechos Humanos, pudiéramos concluir que la respuesta a la pregunta anterior es desgraciadamente positiva. Este siglo XXI amanece tan sediento de justicia como lo fue el siglo precedente sobre el que se construyó la doctrina moderna de los Derechos Humanos. Una mirada a vuelo de pájaro sobre los dos o tres lustros que circundan el cambio de siglo nos proporcionan una cosecha

significativa de estas urgencias. La Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, la Conferencia de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional contra los más horribles crímenes de lesa humanidad, las construcciones, bajo mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de los Tribunales *Ad Hoc* para este tipo de crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como los otros tribunales que han ido apareciendo frente a las crisis humanitarias en diversas partes del globo, el desarrollo de los planes Nacionales para la protección de los Derechos Humanos, entre ellos el español de 2008 Todo un conjunto de instrumentos nacionales e internacionales donde la razón de ser, así lo proclaman, es justamente esta, la defensa y desarrollo de los Derechos Humanos como derechos inalienables y actuales de la persona.

Lo mismo acontece en el panorama bibliográfico, en unos casos fruto de ese mismo desarrollo positivo, pero en otros casos en autonomía del mismo, originado por la reflexión de sus autores respecto de una realidad que, pese a estas proclamaciones normativas, sigue manteniendo ese nivel de indeterminación que los mantiene en el terreno de la utopía. Todo ello sin olvidar el esfuerzo de una jurisprudencia —consecuencia también de esa reflexión y exigencia social— y que ha hecho del principio de Jurisdicción Universal el pivote para un ejercicio de la Justicia sobre esa positivación de los Derechos Humanos: lo que se ha dado en llamar la lucha contra la impunidad.

Es cierto que la primera dificultad con la que nos enfrentamos es, justamente, la deducida del propio concepto ¿Qué son los Derechos Humanos? La misma definición del concepto nos lleva a su explosión conceptual, en el fondo todos los derechos, al ser por definición predicables únicamente de la persona son, por lo tanto, derechos humanos, así lo eran en sus primeras configuraciones, derechos como la propiedad, el matrimonio, etc., pero también lo serían los derechos al cobro de las deudas, al cumplimiento de los contratos, extensión a todas luces absurda y que termina por difuminar su fuerza creadora como ya intentaron los seguidores de Pinochet cuando, en respuesta a las exigencias de Derechos Humanos en Chile, respondían que ningún lugar mejor que ese Chile de la dictadura para reconocerlos: "Somos humanos y estamos derechos", decían, juego entre ridículo y atroz en medio de la barbarie. Quizá aquí, como en tantas otras cosas, sea la Constitución de 1978 un magnífico guía. El artículo 10 de la CE de 1978 proporciona un doble clave sobre la que asentar nuestro juicio: su configuración teorética, magníficamente descrita en su párrafo primero, y su concreción positiva apuntada en el párrafo segundo.

Una doble línea, decimos, y que ha ido definiendo su contenido pues, como reiteramos, si no nos podemos dejar arrastrar por un acercamiento exclusivamente teórico, ya que corremos el riesgo de perdernos en la lógica explosiva que encierra el término, tampoco nos puede bastar su mera delimitación positiva, prueba de ello es que las mejores enumeraciones de estos derechos, desde la misma de Jefferson hasta la contenida en la Declaración francesa, no han temido incorporar la expresión "que son, entre otros..." Un *numerus apertus* que renuncia a una definición excluyente.

Por todo ello acercarnos a los Derechos Humanos en este comienzo de siglo XXI reclama un triple esfuerzo. De una parte comprender cuales son las actuales puntos de quiebra, las expresiones de esas injusticias que reclaman hoy día una nueva actualización de los Derechos Humanos. Sólo desde la comprensión de esos puntos negros, verdaderos agujeros del derecho, podemos comprender este nuevo renacer del interés por la vieja doctrina. Ahora, junto a esto es también fundamental conocer cual es el instrumental que se ha ido desarrollando para la protección de esa especial dimensión de la persona. Pero, por último, y esta es la exigencia oculta, la urgencia de comprender estos derechos en su historicidad. Como oportunamente titula su obra la profesora Lynn Hunt los Derechos Humanos, mal que nos pese, no son una realidad que trascienda la positividad del orden jurídico. "La invención de los Derechos Humanos" es el título al que nos referimos. Con ello, desde el mismo título, se renuncia a esa proyección providencialista y universalista con la que los proclaman muchos de sus exegetas.

Estamos ante una auténtica construcción humana, irreconocible fuera de ese proceso de edificación en el que encontraron su expresión más o menos positiva en las grandes declaraciones Norteamericana y Francesa.

Ahora bien, tampoco estamos ante una proyección lineal donde, desde esas "primitivas" expresiones, hayamos avanzado frente a la barbarie hasta el mencionado Convenio de Viena. No es una historia lineal, ni siquiera una historia con final feliz, en esa otra interpretación que nos hace una teoría general del progreso en lo jurídico. Esta es quizá la gran sombra que se proyecta sobre el concepto. Una contra-historia que nos obliga a incorporar una serie de dudas sobre sus fundamentos y contenido. Dudas y contradicciones que dan respuesta a la realidad de un mundo complejo.

Nuestra reflexión se va a centrar así en esos territorios. Dos en la superficie del análisis socio-histórico, la realidad conflictual del mundo actual y la respuesta jurídica que se ha ido construyendo desde el final de la Segunda Guerra Mundial. El tercer territorio es la necesidad de esa mirada arqueológica, es decir, en la precisión de buscar, en los estratos escondidos, en lo que quedó

sepultado, el origen de algunas de estas instituciones. Una genealogía que nos ayude a comprender desde donde se generaron algunos conceptos. Averiguar su verdadera paternidad y los vínculos familiares que condicionan algunas de sus formulaciones. Nuestra respuesta aquí viene a plantear que no existe una única "línea sucesoria", que hay conceptos que tienen orígenes genéticos muy diversos y, a veces, contradictorios y que, bajo la sacrosanta expresión se encierran en algunas de estas líneas, los más viejos y terribles "demonios familiares" de nuestra vieja Europa.

II. UN MUNDO SIN SENTIDO

Paul Laski opta por este expresivo título para una obra de compleja lectura reveladora de las características de la Modernidad. Con esto no quiere decir, ni nosotros tampoco, que el mundo de hoy tenga menos sentido que el de otras épocas, sino que, así como otros momentos históricos han encontrado en su misma época el discurso que hacía comprensibles sus miedos y esperanzas, en la actualidad carecemos de un relato donde hechos, guerras, políticas, crisis, en definitiva, la Historia, alcance un significado aceptable. En definitiva, parafraseando a Charles Tilly, el mundo de hoy carece de "relato".

A lo largo de las más de tres décadas de lo que conocemos como Guerra Fría se incorporaban al menos a dos modelos interpretativos. Pese a que este conflicto no careció de sus zonas calientes, fundamentalmente nos encontramos ante un conflicto de expresión ideológica, de ahí la importancia que alcanzaron todos los resortes propagandísticos que afianzaron las posiciones de uno y otro bando. A este conflicto, como era lógico, no resultó ajeno el tema de los Derechos Humanos. En un resumen de urgencia apuntaríamos a dos o tres características básicas del conflicto. De entrada vino a confrontar dos bandos definidos fundamentalmente por posiciones ideológicas que se negaban mutuamente, lo que contribuyó a la construcción de dos modelos de interpretación del hombre y sus derechos a lo largo de todo el conflicto. El tema del hombre, su esencia y futuro era un motivo recurrente ya que ambas ideologías se presentaban como fundamentalmente humanistas y establecidas para promover eso que el constituyente norteamericano inscribió en el frontispicio de la Declaración de Independencia: "El derecho a la búsqueda de la felicidad". Ambos sistemas se presentaban así bajo las banderas de la Libertad y la Igualdad, en expresión decididamente vinculada a la plenitud del ser humano.

Ahora bien, junto a este humanismo, el desarrollo tecnológico alcanzado por ambos bandos, y sobre todo con el despliegue del armamento nuclear —llegaron a desplegarse más de veinticinco mil cabezas nucleares— se alcanzó algo que no dejó de inquietar a los filósofos del siglo XX, la capacidad de destrucción mutua. Con ello el humanismo alcanzaba un límite epistemológico reconstruyendo, en lógica antihumanista, sus propios discursos. La inteligencia humana llegó por primera vez a la conciencia de su posible autodestrucción.

El fin de la Guerra Fría consiguió disolver este discurso apocalíptico pero incorporó la quiebra de ambos proyectos ideológicos, como se ha podido apreciar posteriormente, lo que acreditó su lógica dependencia. Es cierto que en el momento histórico postconflictual el proyecto se inició lleno de esperanzas con la disolución de un mundo angustiado y condenado a la autodestrucción. Propuestas analíticas como la de "El fin de la Historia" de autores como Fukuyama venían a reforzar esta idea de haber superado la contemplación de una humanidad abocada a su extinción en esa lógica abierta —la "Historia"— de la aleatoriedad de las guerras. Sin embargo con ello se abocaba a la conversión de los conflictos en meras infracciones a un orden mundial, sometibles, por lo tanto, a la acción de la Justicia y, en su caso, a la persecución penal de los infractores definidos ya como delincuentes. Mera acción de policía. Ya no existirían bandos que se enfrentan por motivos ideológicos o estratégicos, sino que, al haber una sola posición definida como orden internacional (Occidente), todo lo que se enfrentase al mismo quedaría definido como subversión delictiva y reprimible, por lo tanto, con intervenciones concretas de policía. Este proceso nos llevaba, sin embargo, a dos resultados distintos, por un lado se degradaba el concepto enemigo a mero delincuente, lo que permitió la caída de una serie de tiranías ancladas en la protección de uno u otro bando, pero, por otro lado potenció una conflictividad militar contenida hasta ese momento bajo el paraguas de la doctrina de la "destrucción mutua asegurada". La guerra ya no era la continuación de la política por otros medios, sino el ejercicio de una acción jurisdiccional y, por lo tanto, sustraída a toda posible negociación. Desaparecían, así, los resortes políticos a la contención del conflicto.

La aparente unidad conceptual alcanzada también funcionó en el renacer de los Derechos Humanos. El conflicto, como ya hemos apuntado, dividía no solo zonas estratégicas en lo político, militar y económico, también lo hacía en lo jurídico, impidiendo, pese a la existencia de entidades globalizadoras como NU, la construcción de un espacio jurídico homogéneo. La disolución del conflicto facilitó así el desarrollo de un derecho definitivamente global y esto no sólo en las reglas jurídico-económicas, sino también en lo referente

a los Derechos Humanos. La Conferencia de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente o los procesos internacionales sobre los que se han ido construyendo los últimos instrumentos del DIH, tales como los afectos a la lucha contra las minas anti-persona, bombas racimos, armas laser, etc., reflejan este esfuerzo.

Ahora bien, ese fin de la Guerra Fría coincide con lo que podemos denominar la cuarta Revolución Tecnológica, proceso que, unido a la supresión de las fronteras ideológicas y, en muchos casos, también físicas, ha supuesto una nueva revolución social, lo que muchos autores han dado en denominar la Globalización o Mundialización de la sociedad moderna. Nos importa anotar este hecho ya que es necesariamente desde aquí como tendremos que afrontar la nueva realidad de los Derechos Humanos.

Las características que nos interesa destacar son, de entrada, la reducción de las distancias, fruto del abaratamiento y popularización de los grandes medios de comunicación y transporte. Internet, el teléfono móvil, la telefonía por satélite, los vuelos de bajo coste han provocado un crecimiento exponencial tanto de la circulación de la información como de las mismas personas. Con ello se ha producido una gigantesca transformación de la sociedad. Hay que ser conscientes que este fenómeno tiene de entrada una vertiente tecnológica, pero también una consecuencia tanto en el mundo de la economía —con una capacidad casi infinita en la movilización de recursos monetarios (con el riesgo de las denominadas burbujas)—, los medios de comunicación (en la construcción definitiva de una verdadera "Aldea global"), y en los mismos derechos, cada vez más confrontados a los viejos principios de soberanía, todo ello repleto, a su vez y como apuntamos, de sombras y riesgos.

En los aspectos prácticos basta destacar esa enorme movilidad de personas, lo que ha permitido incorporarse a la dinámica de la Modernidad a millones de nuevos sujetos a la vez que hace de cada uno de nuestros hogares, en la intimidad del salón-comedor o del mismo dormitorio, un tribunal mediático de todo lo que sucede en el mundo, muchas veces sin otro filtro que la espectacularidad de las imágenes que nos vomitan esos mismos medios, en la conciencia que sólo las imágenes más impactantes serán capaces de captar las audiencias. Todo ello con el peligro adicional de que, en las exigencias de esas mismas audiencias, el rigor pierde todo su sentido confrontando la realidad con la ficción, convirtiendo la noticia y el mismo conocimiento en mero espectáculo.

Esto ha terminado abriendo diversas perspectivas. En los aspectos positivos la libertad de acceso a millones de contenidos y la democratización del saber o, al menos, la posibilidad para esa democratización, han terminado

cambiando la faz del mundo. Sin embargo tampoco faltan los aspectos negativos. Una internacionalización del crimen y de los medios delictivos, entre ellos el terrorismo, la explosión de las migraciones, convertidas en una de las piezas clave del moderno tema de los Derechos Humanos, así como la profundidad y universalización de las nuevas crisis económicas que, como con la que se abre el 2008, incorporan factores cuyo futuro resulta radicalmente nuevo y difícil de adivinar. En lo cultural la ambivalencia es igualmente inquietante, pues la riqueza de datos se contrapone a su heterogeneidad y no pocas veces a su falsedad directa.

La globalización resulta, así, determinante para comprender la nueva dimensión de los Derechos Humanos, de entrada para acercarla definitivamente a la ciudadanía, arrancándolos del monopolio de la labor de los estados o de grupos altamente especializados y comprometidos. La labor de las ONGs, en este punto a sido fundamental. Pero también en la construcción de los nuevos problemas y soluciones a las que se debe dar respuesta: migraciones, las catástrofes naturales, los conflictos violentos, el terrorismo, las intervenciones llamadas humanitarias, lo que el profesor Garzón Valdés denomina "Calamidades" recordando el indudable papel desempeñando por el hombre en la mayoría de ellas, y por la tanto su responsabilidad moral y jurídica.

De esta manera, frente al modelo conflictual orquestado bajo los parámetros de la Guerra Fría, la globalización nos propone una tipología distinta pero no menos agresiva a la consolidación de los Derechos Humanos.

El primer modelo aparece alrededor de la crisis y ruptura del sistema sociopolítico orquestado sobre las bases del Estado nación. En expresión de Ferrajoli, el estado ha devenido demasiado grande para las cosas chicas y demasiado chico para las grandes, lo que supone una triple crisis en su identidad como instrumento organizador de la vida social económica y política de las sociedades modernas: Crisis de legitimidad del sistema, de legalidad de su ejercicio y de eficacia ejecutiva.

Este desorden sistémico entraña, de entrada, una crisis en su capacidad de promover la cohesión social y, con ello, la adhesión a un orden definido por sus normas y valores. Esta crisis se aprecia en la pérdida del monopolio normativo potenciado por el surgimiento de espacios con competencia soberana tanto de orden supra-estatal como sub-estatal. Sin embargo no es tanto el problema de conflicto regular de leyes, resuelto bajo las normas de competencia normativa, sino la aparición de otros ordenes no estatales que afectan, sobre todo, a la construcción de valores. Procesos identitarios surgidos de la creación de estructuras gentilicias, dependientes de factores religiosos, sectas, subculturas o "tribus". Un verdadero proceso de tribalización y que amenaza

con cuartear el espacio social con identidades más fuertes que las construidas por el derecho. Lo que algún autor ha denominado, estructura de "piel de leopardo": un mundo de islotes inconexos conviviendo en un mismo espacio y, a veces, chocando.

Es importante remarcar que este proceso, además, se construye desde una dimensión no territorial, lo que amenaza aún más la idea estatal al trascender también el hecho fronterizo a través de recrear esas subculturas en nódulos conectados en red. Esto es especialmente apreciable en las comunidades de inmigrantes donde, fruto de ese proceso de globalización, y apoyados en la nuevas disponibilidades de la tecnologías, les permite mantener vínculos comunitarios al margen de la sociedad anfitriona dando al traste con todo el esfuerzo de integración. Un inmigrante ucraniano residente en Madrid puede mantener y de hecho mantiene, más vinculación con su comunidad de Kiev, Moscú, Londres o Montreal que con sus vecinos de rellano. En todo caso es su comunidad ucraniana con la que comparte su vida. Sus foros, periódicos, y series televisivas son las que se ven allí gracias a la televisión por satélite y, a través de los vuelos de bajo coste, termina más vinculado con los suyos, en su comunidad cultural, que con sus vecinos en el espacio geográfico.

Con ello se rompen los mecanismos avanzados de solidaridad y, frente a la solidaridad orgánica que define a las sociedades desarrolladas, en terminología de Durkheim, reaparece una solidaridad mecánica construida sobre valores de lo inmediato, eso sí, en la inmediatez virtual de la ultramodernidad.

Esta crisis también ha producido la aparición de estados fallidos, verdaderos espacios carente no solo de la estructura de servicios vinculada a la idea estatal —al menos en su vieja expresión de Estado-policía—, sino también de la misma idea de Derecho. Las guerras de larga duración, pese a ser consideradas de baja intensidad, terminan por disolver la posibilidad de un orden político necesariamente basado en la paz social. Estos estados fallidos, por otro lado, se convierten en verdaderos agujeros negros de la misma idea de derecho con una profunda erosión sobre el mismo derecho internacional. Afganistán, Somalia, etc, puede incluso que Irak, amenazan los principios jurídicos y el mismo sistema de los Derechos Humanos al crear verdaderos espacios de sombra que fácilmente terminan contaminado al mismo derecho Occidental (véase los casos Guantánamo, Abu Graib, las cárceles secretas de la CIA, etc.). Sin embargo estos huecos no son solo fruto de catástrofes, sino también del interés y el cálculo económico. Los "paraísos fiscales" abren también estas heridas en el derecho y, a la postre, son más perjudiciales para ese derecho internacional que los denominados estados fallidos.

Es incluso en esta crisis del Estado donde podemos y tenemos que ver la crisis económica que se cierne a partir de 2008. A la postre, en lo que todo el mundo termina coincidiendo es en reconocer que la crisis se desata y extiende fruto de la carencia de controles, privatizados y suprimidos por las corrientes neoliberales de los últimos lustros. Y el estado es justamente esto, control, límite a la acción privada en beneficio del concepto de lo público, de ahí el profundo impacto que ese neoliberalismo ha tenido sobre el concepto de Derechos Humanos.

En algunos casos, esa crisis del Estado ha promovido el retorno de viejos fantasmas en el renacimiento de los ultranacionalismos. Pero estos ultranacionalismos no son solo la expresión de un deseo de independencia de entidades nacionales atrapadas en estructuras estatales globalizadoras, tal y como predicaba la doctrina a lo largo de los siglos XIX y XX. Los modernos procesos incorporan plenamente el paso a la Modernidad con fuertes conexiones xenófobas, racistas y exclusivistas, alimentando procesos de violencia que atañen directamente al núcleo de los Derechos Humanos. Los casos de la extinta Yugoslavia, Ruanda, el Cáucaso son ejemplos máximos, pero también aparecen con expresiones propias en otros marcos, incluso en países de larga tradición democrática (Flandes, Euskadi, Padamia...) lo que demuestra que estos ultranacionalismos no responden necesariamente a situaciones de opresión histórica. Una variante de este fenómenos lo encontramos en Latinoamérica con respuestas identitarias específicas, el denominado "indigenismo", que alcanza a proponer la creación de modelos normativos propios que tensionan profundamente el sistema de cohesión social con una fortísima afectación al principio de igualdad.

También con este carácter disolutivo, y además con una fortísima carga violenta, se extienden en este cambio de siglo los denominados fundamentalismos. Si los modelos identitarios neo-tribales y ultranacionalistas promueven crisis de orden territorial, las tensiones fundamentalistas alcanzan un verdadero carácter global.

De entrada, aun cerrando el marco conceptual a los fundamentalismos religiosos, hay que reconocer su enorme variedad y su capacidad de aparecer en todas las religiones. El factor determinante es la facilidad con que pueden derivar hacia una violencia terrorista. Sin embargo su capacidad de presión sobre los Derechos Humanos es mucho mayor y no se limita al terrorismo. Quizá sea incluso más preocupante, en lo que respecta a los Derechos Humanos, lo que pudiéramos llamar "fundamentalismos de baja intensidad" al desprenderse de todo control. Su violencia se ejerce, sobre todo, frente al derecho a la libertad, negado de forma absoluta dentro del grupo en sus tendencias

sectarias, pero también frente al exterior, a través de la "satanización" del otro, convertido en enemigo irreconciliable.

Pero el concepto terrorismo no debe quedar secuestrado por el uso común recibido en los últimos años. Estamos ante un concepto más amplio y que se deduce de su propio nombre. El terrorismo no es otra cosa que el uso del terror como instrumento de sometimiento político. Por lo tanto, si es cierto que es utilizado por algunos grupos extra-estatales, la realidad es que tanto en su origen como instrumento de acción política, como en la frecuencia de su uso y la potencia con la que puede desarrollarse, el terrorismo está fundamentalmente vinculado a las políticas estatales. El modelo lo encontramos ya en algunas formas de dominación de corte social y étnico. Era el método empleado por Esparta para el sometimiento a la población ilota, como también lo usó Roma frente a los pueblos revoltosos (la política de Cesar tras la conquista de la Galia bien puede definirse como un verdadero genocidio terrorista). Tampoco faltó en la Edad Media y Maquiavelo lo propone en la educación de su Príncipe, pero siempre para cortos períodos de tiempo. El maestro florentino lo ejemplifica en la pacificación de la Romaña por Cesar Borgia, donde el uso del terror favoreció la imposición del orden. También fue utilizado para la desorganización de la comunidad hugonote, con prácticas como la "Noche de San Bartolomé" y que favorecieron la unidad católica de Francia.

Sin embargo el uso metódico del terrorismo no se instala hasta la Revolución Francesa y es ahí donde adquiere su nombre: "*La Terreur*". El método es teorizado por los autores revolucionarios y no solo los Jacobinos, incluso Siéyès y otros moderados reconocieron su utilidad y la necesidad de usarlo como única forma de destruir las bases sociológicas del Antiguo Régimen u otros peligros (nadie dudó de su uso contra la naciente república negra de Haití y el riesgo "contaminante" que entrañaba como estado de antiguos esclavos). La utilidad del sistema terrorista queda acreditada cuando, tras la derrota de Napoleón, sean los propios Borbones los que reinstaurarán las prácticas terroristas como método contra la nostalgia revolucionaria: "El Terror Blanco" (y que en España otro Borbón lo convertirá en "la Década Ominosa")

Durante el siglo XIX es profusamente utilizado contra la resistencia de los pueblos indígenas frente a la colonización europea (o contra las poblaciones indias en todo el continente americano y, luego, contra la población negra tras la derrota de los Confederados y la supresión de la esclavitud). La revuelta de los cipayos, en la India, es aplastada por la Inglaterra liberal con métodos que abochornarían a los propios nazis (como también hizo España frente a las revueltas en Cuba y Filipinas, donde los generales Martínez Campos y Weyle tendrán el dudoso honor de haber inventado el sistema de los "Campos de

Concentración”). Ya en el siglo XX el uso del Terror por el estado se convirtió en moneda corriente: Francia en Argelia, Inglaterra en Kenia, Estados Unidos en Vietnam, Israel en Palestina, Portugal en Angola, alcanzaron cimas, en el uso del terrorismo como forma política, difíciles de igualar.

Ahora bien, a la crisis de los Derechos Humanos desde el final del siglo XX a los comienzos del XXI se suman tres nuevos factores que radicalizan no solo la vulnerabilidad de los mismos, sino sobre todo de su conciencia ideológica y su reubicación ético-jurídica. De entrada lo que ya se puede denominar la crisis ecológica. Desde la doctrina de la “retaliación masiva” y la capacidad de autodestrucción del mundo en plena Guerra Fría, el espacio físico, la biosfera, no había recibido tanta atención como sujeto de derecho. La sucesiva expansión de los grupos y movimientos y partidos políticos con ideario “ecologista” —“Los Verdes”— ha sabido movilizar una conciencia que, con una enorme intuición, supo apuntar ya el constituyente español en 1978.

A finales de siglo y tras la caída del Muro de Berlín la problemática ecológica se ha transformado profundamente. El riesgo ya no procedía de un improbable conflicto al viejo estilo, la posibilidad de catástrofe arranca del mismo comportamiento “normal” del hombre. Un riesgo genérico originado ya no en una locura de los gobiernos, sino en el propio desarrollo económico de las sociedades. La contaminación atmosférica y de las aguas, la capa de ozono, la perdida de la biodiversidad y del paisaje, etc, empiezan a generar nuevas preocupaciones y, a la postre, el reconocimiento de la existencia de un derecho a una calidad medioambiental. Incluso se empezó a reconocer los “derechos” del resto de mundo biológico, como fue el denominado “Proyecto Gran Simio” y los derechos de los animales, etc. propuestas jurídicas que no podemos por menos que incluir en la nueva dimensión de la categoría de Derechos Humanos. La realidad es que, definida la persona no solo como ente biológico en su condición de especie hombre, sino como ser en el mundo dotado de un proyecto de ser y persistir en su existencia, el marco ecológico deviene fundamental. Sin embargo, ese mismo discurso ecológico puede y de vez en cuando alcanza, una cierta contradicción con el cuerpo clásico de las grandes Declaraciones. Un cierto “malthusianismo” se filtra, lo que impone propuestas reducionistas difíciles de conciliar con el desarrollo necesario para ciertos modelos de calidad de vida. Hay que ser conscientes que el derecho al desarrollo y a salir de la pobreza todavía hoy se conciben sólo desde una cierta dieta de consumo imposible de predicar para la humanidad en su totalidad.

Un segundo factor de crisis procede de lo que el profesor Garzón Valdés denomina “Calamidades”. Calamidades serían esas situaciones desastrosas que, ocasionadas directamente por acontecimiento naturales o sociales, alcanzan

un altísimo grado de destrucción por la mala gestión humana y política. Estas calamidades afectan directamente a los denominados Derechos Humanos, de ahí la contrafigura que, desde mediados de los ochenta, se ha ido desarrollando como reacción frente a las mismas: la denominada "acción humanitaria", es decir, el compromiso asumido por las sociedades más avanzadas —y normalmente, responsables últimas de este tipo de catástrofes— frente al déficit de bienestar o directamente de supervivencia que padecen amplias zonas del mundo. Así, frente al concepto ampliamente usado de "catástrofe natural", como expresión de la ausencia de responsabilidad, se va colando la conciencia de una responsabilidad real y que, más allá de la mera conciencia ética, empieza alcanzar también la responsabilidad jurídica. Es normal, dado el alto nivel técnico alcanzado por la ciencia moderna, el marco de responsabilidad se incrementa aunque solo sea por las exigencias de políticas preventivas suficientes. Degradación de suelos por políticas hidrológicas erráticas (la tragedia del Mar de Aral), contaminación marina por improvisaciones de la industria petrolífera (el "chapapote" gallego o la catástrofe de BP en el Golfo), el tsunami y el fracaso de las alertas tempranas, etc. pero también en muchos casos, calamidades fruto de la misma acción humana con políticas sociales y económicas profundamente erosivas de la vida social. Es el caso de la quiebra radical de Haití, producida, como reconoció el propio presidente Clinton, por unas exigencias arancelarias imposibles de asumir y que terminaron destruyendo la capacidad productiva del país. En todos estos casos las consecuencias afectan directamente a la dinámica internacional de los Derechos Humanos. Refugiados, desplazados, hambrunas, confiscaciones de tierras, etc., y en las que cada vez más claramente se aprecia la responsabilidad de instituciones y personas concretas.

Y, por último, el propio marco geoestratégico. La cuestión estratégica es hoy más que nunca inmediata a la consideración de la nueva teoría de los Derechos Humanos. De entrada porque las nuevas potencias emergentes resultan extrañas al origen conceptual y a la filosofía de los Derechos Humanos lo que, a veces, produce una "redefinición" de los mismos y, sobre todo, un grado de implicación en su eficacia y en la persecución de las conductas lesivas mucho menor que el alcanzado en Occidente. Esto es especialmente cierto en ámbitos como China, Rusia, pero también Brasil, Turquía, etc. donde el peso de la sociedad civil y de las ONGs resulta todavía débil e ineficaz. Pero junto a este efecto se viene detectando otro aún más profundo y peligroso, el crecimiento de grandes espacios extra-occidentales, absolutamente extraños a la conciencia de estos derechos. No es sólo una cuestión de "intensidad" en las políticas de protección ni de redefinición como aconteció en el conflicto Este-Oeste, donde se confrontaron un modelo más "individualista" con otro más

"socializado". El proceso que se abre es, como decimos, mucho más profundo con un cambio en la conceptualización de la doctrina. Cuando China habla de un cierto "confucionismo", cuando desarrolla modelos de "capitalismo sin mercado", cuando reclama una "democracia dirigida por el PCCh" no lo hace ya bajo parámetros definidos desde la Guerra Fría o la dialéctica de lo que se denominó el "Tercer Mundo", lo hace desde el aplomo de volver a ser, tras algún milenio de retraso, el nuevo centro del mundo. Ni Brasil, ni la India, ni Rusia, por mencionar a los denominados países BRIC, mantienen ya ningún gesto de dependencia ideológica con Europa. Es más, cada vez mayores regiones del mundo descubren en estos países su nueva guía, en lo político, lo económico y también respecto a la nueva cultura de los Derechos Humanos.

La primera consecuencia será la urgencia de reconstruir el sistema bajo parámetros no dependientes de la cultura liberal. Reflejo de esta línea han sido las numerosas obras que dan al traste con la coherencia de la doctrina, exponiendo el duro contraste entre la grandielocuencia de las proclamaciones de estos derechos desde su origen en las constituciones del XVIII y el auténtico tratamiento que recibieron desde ese mismo Occidente a lo largo de los dos siglos y pico de ejercicio liberal. La realidad de la esclavitud, pese a la proclamación del principio de igualdad y libertad, la colonización de África y la guerra de la conquista de Argelia. Las contradicciones de autores como Lord Acton, Tocqueville, el mismo Jefferson, etc. dan sobrada cuenta de la imposibilidad de definir esos mismos derechos desde la sola óptica del discurso liberal. Abu Graib, Guantánamo, Haití, o Palestina son expresión radical de ese fracaso de Occidente.

III. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL NUEVO ORDEN JURÍDICO

El presidente Bush, tras la primera Guerra del Golfo, pudo proclamar que con esta acción nacía un nuevo orden político. Posteriormente analizaremos las relaciones entre el orden político y el orden jurídico, pero la realidad, aunque todavía inconsciente tanto para el propio presidente como para sus asesores, es que, lo que en realidad empezaba era un nuevo Orden Jurídico.

Es cierto que el mismo concepto de Orden Jurídico o Nuevo Orden es ya de por sí sospechoso en cuanto reclama un cambio de reglas que fácilmente ha derivado en la ausencia misma de esas reglas, sin embargo el concepto no resulta carente de interés. Al finalizar el anterior capítulo apuntábamos ya

hacia un nuevo marco político, irónicamente a una enorme distancia de ese orden que proponía el presidente tras aquella guerra. Es justamente sobre ese orden sobre el que se construye el nuevo derecho del futuro.

Por eso lo primero es reconocer los parámetros sobre los que se ha asentado a lo largo de los últimos siglos el orden anterior. Apreciar la foto fija que ha desplegado en los últimos años y apreciar cuales son los fundamentos que empiezan a alterarse y que avanzan en el proceso de sustitución paradigmática.

Empecemos por esa foto fija, en la expresión de los caracteres del viejo orden hoy en quiebra.

De entrada el concepto base —fundamental también para comprender la misma teoría de los Derechos Humanos: el concepto de Soberanía—. La soberanía es la supremacía normativa vinculada a un territorio. El concepto ha sido desde la Baja Edad Media hasta nuestros días —y aún parece que resistirá algunos años— el concepto básico para comprender el Estado.

Decimos así que un espacio político es un estado cuando tiene soberanía, es decir, que en los límites geográficos definidos por sus fronteras, las únicas normas que imperan son las producidas en su seno. Es decir, el territorio en cuestión no queda regido por leyes procedentes de un espacio distinto. De entrada se aprecia la vinculación del concepto, no tanto a la realidad humana que lo habita, sino a los meros límites topográficos, por ello podríamos decir que la soberanía es el fruto maduro de un proceso que arranca con la quiebra del poder imperial tras la crisis del siglo V de nuestra era y el envío de las insignias del Imperio de Occidente a la Corte de Constantinopla. Un proceso que no se consolidará hasta la Baja Edad Media.

A lo largo de la Edad Media, la estructura del Papado y el Imperio en su versión germánica habían mantenido la idea de un vasto orden jurídico global. Los dos polos del binomio solo respondían a un reparto de funciones —espiritual uno y temporal el otro— cuya teorización se podía rastrear hasta la misma doctrina platónica. Dos espadas, como proponía el Papa Gelasio II, para el mantenimiento de un Orden universal. La crisis que a este Orden incorpora el sistema feudal, entre los siglos IX y XI abre las vías a la posterior Reforma —“revolución”— Gregoriana.

Con la Querella de las Investiduras y el mismo fracaso de la Reforma Gregoriana, la potencia centrífuga de los poderes locales termina conduciéndonos a ese nuevo orden en el que todavía vivimos, basado en el territorio, desvinculado ya de la idea imperial y definido así mismo como Imperium. De forma sencilla pero genial lo proclama Alfonso X: *“Rex imperator in regno suo est”*: cada rey es emperador en su territorio. Nace así un concepto nuevo, el de

Soberanía, que se sobrepone al viejo orden imperial. El rey como soberano se desata de todo vínculo de vasallaje y, a su vez, reinstaura la unidad jurisdiccional frente a los "viejos usos y costumbres" del sistema feudal.

Con ello nace también un nuevo modelo en las relaciones entre los territorios y, por ello mismo, lo que pudiéramos denominar ya Derecho Internacional. Dentro del viejo espacio imperial no había posibilidad de relaciones internacionales ya que el orden era de por sí universal. Al nacer territorios autónomos, soberanos, el juego de estas piezas reclama una espacial mecánica reguladora. Sin embargo y por eso mismo, este Derecho internacional es radicalmente distinto al orden imperante en cada estado. De entrada no es un orden soberano, no encuentra su competencia ni su eficacia en una "*auctoritas*" superior sino en el mero acuerdo entre estados. Estamos ante, y así lo apreciará radicalmente el siglo XVIII, un sistema contingente, contractual, dependiente, en último extremo, de la voluntad de las partes, liberadas de todo poder coercitivo —y pronto moral— colocado por encima de las mismas. En el fondo era un No-Derecho, en cuanto la fuente de su poder surgía justamente de la base, de aquellos a los que dirigía su *potestas*.

Con el triunfo de la idea nacional (la nación soberana), el espacio planetario quedaba así articulado en unidades con soberanía, con sus propios ordenes jurídicos con competencia exclusiva en su territorio y articulados entre sí en un "concierto de las naciones" regido por sus propias relaciones de buena voluntad o de fuerza. Aunque pronunciado en otra época, su carácter ejemplificante ha estado vivo hasta la fecha: El discurso de los embajadores de Atenas a los Melenses, en plena Guerra del Peloponeso, refleja de forma absolutamente descarada el proceso. Mussolini lo dirá de forma aún más brutal: cada estado responde sólo al "santo egoísmo de la patria".

Sin embargo y pese a esa autonomía del Derecho, reiterada también como expresión de Poder, el modelo mantuvo una serie de limitaciones que solo se derrumbaron tras la constitución del Estado Nacional Moderno, es decir, cuando ese poder quedó vinculado, no solo al Estado como territorio, sino también al estado como pueblo-nación. Hasta ese momento la competencia normativa de la Iglesia Católica y junto a ella, y al socaire de un derecho divino, la consolidación de un denominado derecho natural capaz e aplicarse a forma universal por encima de los límites territoriales, sirvieron de instrumento moderador en la protección de la persona. Fue el caso del Asilo Eclesiástico, la idea de una justicia divina sobre los reyes o las exigencias cristianas de humildad y caridad sobre las que se limitó la eficacia despótica de los gobernantes)

La revolución humanista del denominado Renacimiento del siglo XV, con propuestas tan novedosas como esa "Oración por la dignidad del hombre" de un Pico dela Mirándola, revolución que alcanza su cenit en la obra de Erasmo y que sus discípulos —los erasmistas (de la Escuela de Salamanca a Hugo Grotio)— construirá el fundamento de este sutil proceso del que, no podemos dudarlo, arranca la misma teoría de los Derechos Humanos.

Antes de avanzar sí resulta importante reubicar esta dialéctica entre nacionalismo e internacionalismo en su justo término, como acredita el sorprendente acontecimiento que supuso la denominada "Controversia de Valladolid". Las posiciones de uno y otro bando, ya definitivamente vinculadas a una confrontación deducida desde la vitalidad de esos nacientes Derechos Humanos, no reproducen de forma mecánica posiciones progresistas frente a retrógradas, ni la Modernidad frente a un viejo pensamiento de corte medieval. Por el contrario —y ahí abundaremos al final de este trabajo— si bien es cierto que la Controversia pronto se ve recorrida por la transversalidad de la Reforma luterana que terminará llevando a uno de los más combativos defensores de los derechos de los indios, el Arzobispo de Toledo, Fray Bartolomé de Carranza, a la prisión inquisitorial, la realidad es que las propuestas de Las Casas no dejan de contener también un cierto tufillo medievalizante que pronto será asumido por una Modernidad profundamente abrasiva de los Derechos Humanos. Como decimos, la insistencia en el poder del Emperador frente a las Encomiendas no es solo una reacción frente a un modelo feudal periclitado, sino que tiene más resonancias en las posturas imperiales del Alto Medievo que en la construcción del Estado Moderno. De estos trataremos de sacar al final las consecuencias últimas.

El modelo estatal, como ya hemos apuntado, se consagrará con el triunfo de la Nación. Ya a finales del XVIII y de la mano de la Ilustración va a consolidarse la idea de que esa diarquía, Poder y Territorio requiere de un elemento básico: la población, es decir, los nacidos: la Nación. Componente humano que da vida al espacio territorial. Este componente humano, sin embargo, no supone una población cualquiera delimitada por las fronteras, sino que entraña una verdadera comunión cuasi biológica. La nación será el conjunto de los nacidos —*natio*, de ahí el concepto nación— en su territorio. Recogiendo la expresión que ya utilizara Pericles, son "autóctonos", es decir: nacidos en la/de la misma tierra (Auto-cthonós) De ahí un término que triunfará en la época: "patriotas", es decir, el reconocimiento de los vínculos cuasi familiares con el suelo al que pertenecen. Los revolucionarios norteamericanos se denominarán así, como luego harán también los franceses, en tanto en cuanto se consideran los auténticos hijos de esa Madre-Patria.

Pero también una comunión con el Poder y esto terminará abocando al concepto de Democracia. No basta cualquier Poder, ese poder requiere ser democrático, es decir, vinculado con el pueblo. La lógica conceptual es sencilla: todo el poder que no sea democrático requiere una legitimidad que lo deslocaliza del espacio nacional reduciendo así su eficacia soberana: o viene de Dios o de una dinastía que necesariamente resulta extranjera. Kelsen no dudará en considerar la idea de la "usurpación", como instancia suficiente para la legitimidad normativa. Pero solo cuando esa legitimidad proviene de la misma savia, cuando nace del suelo —de esos patriotas de la nación— el círculo se cierra en plena coherencia. El proyecto fue magistralmente enunciado por Séyès, por otro lado el menos exaltado de los revolucionarios y que terminará abriendo las puertas a Napoleón. En una pequeña obrita pero de una trascendencia política enorme, nos propone una pregunta y su respuesta: De entrada: "¿Qué es el Tercer Estado?" —así se titula la obra—: la respuesta revolucionaria es que sólo ese Tercer Estado es "La Nación". Es decir, Francia ya no estará constituida por los tres clásicos estados: nobleza, clero y pueblo llano, tanto el primer como el segundo estado quedan fuera del proyecto de la Modernidad, de ahí su condena inapelable a la guillotina. Solo ese Tercer Estado alcanza esa unificación política: Un único pueblo en un único estado. Territorio, pueblo y poder alcanzan así la plenitud de su unidad.

Dejamos también para el último capítulo las consecuencias de este proceso en los Derechos Humanos, mientras resaltamos algunos puntos a considerar: de entrada la radical secularización del poder que esto supuso. El Poder —y por lo tanto el Derecho— se desvincula de toda fuente heterónoma, lo que entraña una fortísima restricción a los derechos de autonomía de la persona. Esto ya lo percibió Montesquieu cuando aprecia —en una lectura, por otra parte errónea, de la constitución inglesa— la mayor libertad que genera el sistema inglés respecto al del Francia absolutista. Pero de nuevo no es la Modernidad frente a un "Ancien Régime" absolutista lo que apunta, sino la estructura de una Inglaterra mucho más lejos que Francia en su avance hacia un poder consolidado y autóctono, es decir, una Inglaterra más medieval. La posición reaccionaria de Montesquieu es pronto reconocida por los propios revolucionarios franceses y desechada de su modelo constitucional. La Revolución se asienta no en la división de poderes sino en su concentración en el Comité de Salvación Pública. El elogio que de la dictadura hace un autor tan poco sospechoso como Tocqueville nos puede ayudar a comprender el fenómeno. La dictadura, nos viene a decir, si es ejercida desde la voluntad del pueblo, es plenamente acorde con el principio de libertad y democracia. Claro que previamente propone una restricción (es ahí donde el Tocqueville demócrata coincide con el reaccionario) ese pueblo debe estar compuesto únicamente

por los "auténticamente libres", es decir, los propietarios blancos y, a ser posible, nord-europeos: anglosajones o franceses. Contempla así una dictadura que proteja Francia del populacho en las revueltas del "48", como también se interesa en la protección de Norteamérica frente a esos negros recién liberados de la esclavitud, incompatibles, como hombres libres, en una sociedad de propietarios blancos, anglosajones y protestantes. No podemos olvidar sus artículos en apoyo de la Confederación sudista en plena Guerra de Secesión.

Por último hablar de Poder demócrata no supone que sea ni tolerante ni "humanista", ni mucho menos moderado. Nos referimos únicamente al anclaje último de esa legitimidad. Por eso, como venimos de aprender, no faltaron entre los grandes adalides del pensamiento liberal —Jefferson, Burke, Constant, Tocqueville, etc.— fervorosos elogios del modelo de gobierno dictatorial. Es por eso que la Sudáfrica del Apartheid se podía predicar como democracia liberal o, incluso hoy día, el estado de Israel, asumiendo una radical distinción entre "judíos" y "no judíos" en amplios sectores de la Administración, el Ejército y la vida civil, reclame también su consideración como democracia.

Es desde esta dimensión como podemos apreciar la continuidad de este sistema, el estado soberano nacional que alcanzará hasta finales del siglo XX, incluyendo en el modelo propuestas tan contradictorias como los estados imperialistas del siglo XIX, las democracias de Entre-guerras, los totalitarismos posteriores e, incluso, la socialdemocracia que alcanzan hasta la crisis de los "90". Justamente será éste el sistema que veremos quebrar para alumbrar un nuevo modelo en el que empieza a disolverse el concepto de soberanía.

Pero por otro lado, también es a lo largo de ese período, desde esos finales del siglo XVIII que ven aparecer la propuesta autónoma del nacionalismo, hasta bien entrada la segunda mitad del XX, cuando se consolida la línea secundaria que vendrá a sustituirlo. Una línea quebradiza, un verdadero rizoma que crece oculto, subterráneo, paralelo a los acontecimientos que, mientras, van consolidando ese estado nación y que propician una verdadera carrera de acumulación de poder: estado territorial-nacional primero fruto directo de la Revolución Francesa que, con el desarrollo de la Revolución industrial se convertirá en territorial-nacional-industrial con el desarrollo del gran capitalismo de finales del XIX, con sus cumbres en el Imperialismo moderno y que consagrará un modelo de relaciones ciudadanas que pronto se definirán como relaciones industriales (Fordismo, Taylorismo, etc...)

Nacional-Industrial que pasará luego a "social" (Estado-territorial-nacional-industrial-social) tras el pacto keynesiano que permitirá el acceso general a la riqueza (al bienestar) y al consumo de un proletariado devenido "clases populares", previa legitimación del poder económico. Proceso que, dinamiza-

do por la presencia de la otra "orilla" aún más socializante por comunista y que parecía abocarnos a un estado social y democrático de dimensiones universales, constituía un continuo contrapeso al deseo innato de ese capitalismo por acumular en su integridad la totalidad del beneficio (magnífico el chiste gráfico de "El Roto" en El País en junio 2010, donde unos capitalistas comentan: "*dejadles algo, para que sigan teniendo algo que perder*")

Pero como decimos, agazapados entre los pliegues de este proceso, se fue colando una nueva dinámica que nos arrastra al nuevo orden. Es a este proceso a lo que se denomina ya, *sensu strictu*, la doctrina de los Derechos Humanos.

Para reconocer este proceso es necesario seguir esa segunda línea, verdadero rizoma, hemos dicho, que avanza soterrada pese a la consolidación de la misma doctrina de las nacionalidades. Hemos apuntado la crisis de espiritualidad del fin de esa Edad Media y que alcanza su eclosión a lo largo del siglo XV. El triunfo del individuo que se aprecia en el arte —y esto tanto en el italiano como el borgoñón y flamenco— se extiende también a la filosofía y al derecho. Movimiento zigzagueante, con sus avances y retrocesos, sus aportaciones de radical modernidad junto a resabios medievalizantes como ya hemos apuntado y que no es difícil apreciar en el mismo Lutero. El encuentro con ese "otro" radical que supuso el descubrimiento de América, incorpora una reflexión que aun retumbará hasta nuestro siglo XXI.

Nace así una idea de Persona cuyos ecos aún resuenan en la actualidad. Una persona que devendrá individuo en el crisol del Barroco. Individualismo hasta la soledad convertida en verdadera enfermedad de la época: la melancolía. El siglo XVIII y la Ilustración dotará a esta persona no solo de una mayoría de edad, sino también de su plenitud económica y política. Sobre ese individualismo radical se construirá, incluso, el romanticismo, lo que nos da testimonio de la compleja combinación de todos estos procesos y sus contradicciones. Ese individualismo será, así y por contradictorio que parezca, también padre de la misma idea de nación. Con ello se puede apreciar la ambivalencia que encierra todo el proceso y que hace de ese Romanticismo expresión de los dos extremos que designan la identidad moderna: el individualismo y la comunidad. Su identidad, hemos dicho, pero también la sima que la desgarra, por eso tanto el liberalismo del siglo XX, e incluso el ultraliberalismo de principios del XXI, como el comunismo y el ultranacionalimo del finales del XX, encuentran en ese Romanticismo sus raíces ideológicas. La doctrina de los Derechos Humanos estará sometida siempre a ese indeterminismo que permitirá continuamente discursos contradictorios.

Pero será justamente en ese final del siglo XVIII donde se consagre definitivamente la doctrina de los Derechos Humanos. La consolidación de una sensibilidad especial contra la barbarie y la brutalidad social que, a partir de ese momento se contempla como inadmisible, abocará a la expresión política recogida en las Declaraciones que acompañan a los sucesos revolucionarios tanto en Norteamérica como en Francia. La tortura, asumida hasta esa fecha como un medio normal tanto para el procedimiento como para el castigo, se ve, en menos de los veinticinco años que van desde el Caso Calas hasta la Revolución, como algo inadmisible. El verbo irónico y soberbio de Voltaire en el caso Calas, Becaria y su propuesta de reforma del sistema penal y penitenciario, la misma invención del Dr. Guillotin para una pena de muerte aséptica e indolora, avanzan en esta línea. Lo mismo respecto a la esclavitud o la penosa situación de los pobres y mendigos. Proceso, insisto, complejo porque si la propuesta de Voltaire es inequívocamente moderna, la de William Wilberforce en su lucha contra la trata de esclavos está llena de un iluminismo religioso que le llevará a un fuerte debate con Franklin o el mismo Jefferson, ambos ricos propietarios de esclavos que veían las propuestas liberalizadoras como una cortapisa "retrograda" a la libertad de los asentamientos de los ciudadanos poseedores de tierras y esclavos. Wilberforce fue tachado de anticuado y medievalizante.

La línea mantendrá su dinámica a lo largo del siglo XIX en medio del nacionalismo y del imperialismo de la época, en la erradicación de la trata y luego de la misma esclavitud, la lucha contra la violencia generalizada de la guerra y el naciente desarrollo de los movimientos socializantes que abocarán a la construcción de un proyecto social en sede sindical y política. De esta manera, frente a un proceso de positivización radical del derecho y que alcanzará su cenit en las posiciones antihumanistas del proyecto de Código civil del nazismo, otro derecho, construido desde y para la persona definida como humana, se va colando, de forma soterrada, oculta, verdadero rizoma como venimos diciendo, que aflora de tiempo en tiempo en una discontinuidad engañosa que oculta una línea quebrada pero estable y cada vez más poderosa y de la que expresiones como los Convenios de La Haya, el Pacto Briand Kellog y su expresa prohibición de la guerra, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra y la cada vez más rica doctrina internacional de esos Derechos Humanos, son el fruto continuado, expresión de su arraigo en la conciencia jurídica.

La profunda contradicción de ambos modelos lleva necesariamente a la quiebra del sistema. Esta es justamente la situación que se alcanza a finales del siglo XX.

Hemos proclamado el incuestionable basamento del derecho moderno en el principio de soberanía. Es cierto que hoy día es ya un concepto de escaso predicamento y que, desde la doctrina política, incluso, desde la practica de la vida internacional, se da ya como definitivamente superado. Sin embargo desde el punto de vista jurídico sigue siendo la base natural sobre la que se construye y sustenta el orden jurídico. Hablar hoy por hoy de la superación de la idea de soberanía es una falacia. El derecho sigue sin concebir otra forma de construcción que no sea la de un orden soberano. Nuestra propuesta de análisis pretende ser eminentemente jurídica, por eso, desde esta perspectiva solo podemos decir que es ahora, en pleno al inicio del siglo XXI, cuando empezamos a apreciar la ruptura de este viejo modelo.

Es cierto que, como decimos, desde la óptica política resulta fácil hablar de la superación de la soberanía. La aparición de las grandes organizaciones internacionales, los desequilibrios interestatales, las dependencias estratégicas, comerciales y económicas, la globalización y regionalización de las decisiones, etc., presenta una estructura de los estados absolutamente tributaria y sometida a nuevos mecanismos que localizamos su sede, cada vez con mayor frecuencia, fuera de nuestras fronteras. Sin embargo el orden jurídico seguía manteniendo una estructura autónoma. Un legislador, ya sea parlamentario o no, puede estar más o menos condicionado, puede incluso, convertirse en un "fiel aliado" de una potencia. La presión de los mercados puede casi dictar la política económica pero la ley de presupuestos que contiene esa política económica, o las decisiones legislativas que reflejan esa alianza, siguen, como en los últimos siglos, siendo competencia de ese legislador. Pueden se legisladores serviles, solidarios o condicionados por su entorno, pero la norma legal sigue siendo su competencia en exclusiva. Es esto lo que, en este cambio de siglo, empieza a cambiar. Ahora bien, este cambio va a suponer una ruptura mucho mayor que lo que hoy supone hablar de globalización, supone un verdadero cambio en el orden Jurídico, una revolución en el campo del derecho mayor de lo que, en ese mismo campo, supusieron las Revoluciones Francesa y Norteamericana pues, como venimos comentando, incorpora la transformación de un sistema que ha estado a punto de alcanzar los diez siglos de existencia: podríamos estar a las puertas de ver nacer un derecho definitivamente extra-estatal. Pues uno de los motores de esta transformación ha sido, sin lugar a dudas, la doctrina de los Derechos Humanos.

¿Qué ha pasado? De entrada la potencia contaminante de estos derechos humanos ha ido erosionando la estructura de ese positivismo que culminó con el siglo XX.

Hemos hablado de un rizoma. La otra posible metáfora nos la proporciona Hegel y su "viejo topo" que, sin percatarnos en la superficie, va horadando los fondos hasta provocar el derrumbe de lo que parecía asentado sobre las bases más firmes. Cuando, con los Convenios de La Haya se establecen límites a la violencia de la guerra, la solución de continuidad entre el derecho de un estado y otro y la fosa que entre los mismos incorpora la idea de guerra desaparecen. Basta recordar la durísima reflexión que Pascal plantea en "*Les Pensées*", a penas siglo y medio antes:

– ¿Por qué me matas? – ¿Qué pregunta!, ¿No vives al otro lado del agua? Si vivieses en este lado, amigo mío, yo sería un asesino y sería injusto matarte de esta manera. Pero como vives del otro lado, soy un héroe, y ello es justo. ¡Una justicia extraña que está delimitada por un río! Lo que es verdad en un lado de los Pirineos, es error en el otro".

En definitiva, en los bordes del estado, el derecho desaparece.

Esa es la ruptura que anuncian los Convenios de La Haya. La construcción de un ius in bello supone erradicar este vacío al incorporar la potencia del derecho en medio del reclamo de las dos fuerzas centrípetas de los estados colindantes enfrentados. Los potenciales esfuerzos que hemos mencionado del período de "Entre Guerras" y, tras la II Guerra Mundial, la misma Carta de Naciones Unidas y su intento radical de jurisdiccionar la guerra (Capítulo VII), reflejan la potencia disolvente de la doctrina sobre el otrora intocable poder soberano de los estados.

Pero no solo es un ius in bello que impone su orden jurídico en la atrocidad del conflicto, también renace el ius ad bellum, como en la vieja doctrina medieval que viene a someter a los príncipes modernos a una soberanía superior en un orden internacional que reclama su eficacia obligatoria.

Es cierto que el proceso vuelve a hundirse con el estallido de la Guerra Fría. La creación de dos espacios mundiales confrontados recrea de nuevo la fábula pascaliana reforzando la idea de soberanía (James Bond, el Agente 007, se ufanaba de tener "licencia para matar"), pero va a ser justamente durante el tiempo de ese conflicto. La caída del Muro de Berlín abrió de nuevo el cofre de los vientos, reanimando esa reflexión post-jurídica. El reconocimiento, cada vez menos controvertido —pese a los esfuerzos de limitarlo— de una jurisdicción universal y la misma cuestión de una nueva jurisdicción internacional tras los ensayos de los tribunales Ad hoc, vuelven a erosionar los viejos principios de la soberanía. Así, frente al sagrado principio de la territorialidad del Derecho Penal, vemos aparecer una vis atractiva procesal que convierte a los tribunales de todo el mundo en competentes para juzgar amplios campos

definidos por su vinculación material a los Derechos Humanos. De nuevo el paso es gigantesco pues supone reconocer que esas terribles violaciones de los derechos humanos afectan a todos los ordenes jurídicos, cualquiera sea el estado donde se juzguen. Y esto terminan haciéndolo, no sobre la base de ninguna de las clásicas causas que justificaban esta vis atractiva: nacionalidad de las víctimas, o de los acusados, o la territorialidad donde se cometieron los actos punibles, sino apoyándose directamente en la idea de Humanidad como bien compartido por todas las naciones. En definitiva, es la misma universalidad del genero humano el que arrastra esta exigencia de enjuiciamiento. En definitiva, la universalidad de los Derechos Humanos.

Junto a este proceso, otros factores también contribuyen a la paulatina universalización del nuevo Orden Jurídico. Desde instancias supranacionales como la U. E. también se han ido sustrayendo a la soberanía amplias parcelas de competencias normativas. También aquí ha habido un paulatino reconocimiento de un orden superior, construido nuevamente sobre una fuerte actividad jurisprudencial. Lo que Pescatore denominó con acierto un Derecho Pretoriano en cuanto, a semejanza del viejo Edicto del Pretor, el proceso resulta tributario de una actividad marcadamente configurada desde la técnica jurídica. La crisis, como comentamos, no se da solo en el marco de los Derechos Humanos, pero será ahí donde termine drenando esta eficacia normativa. Hemos dicho el Derecho Europeo, en un principio tan alejado de las veleidades humanistas en mor de un rigorismo económico. Sin embargo fue, desde sus orígenes, uno de los instrumentos más eficaces en aspectos tales como la igualdad de género (caso Defrenne), protección de los derechos fundamentales (caso Nold) o derechos de los inmigrantes (caso Cohn-Bendit) solo desde esa acción valiente y eficaz podemos comprender el desembarco final en la construcción de una Carta Europea de Derechos Fundamentales. Es cierto que aquí también había un proceso previo de incuestionable valor a través de la Convención de Roma, pero este importantísimo instrumento por sí solo no hubiera alcanzado gran cosa sin ese terreno abonado que, desde todo ese nuevo orden jurídico, se venía construyendo y que entrañaba el sometimiento de la voluntad estatal —la soberanía— a la tecnicidad de la defensa de los Derechos Humanos.

Este imperialismo de la técnica, no tanto una “soberanía” de las leyes y de la Constitución, según la doctrina de Guizot, como una autoproclamada soberanía de los operadores jurídicos arrastrados por la propia lógica de sus propuestas, fue la que ayudó a abrir procesos como los que sentaron en el banquillo a Pinochet, la dictadura argentina, y los que pudieran abrirse en España por los crímenes del Franquismo. Los intentos de cerrar esta jurisdicción universal sobre la base de reformas legislativas sólo servirán para abrir otras vías

en lo que bien pudiéramos llamar la "estrategia del agua", una lluvia fina que termina colándose por cualquier rendija.

Va naciendo así un derecho extranacional, construido en la compleja combinatoria de los Convenios y tratados internacionales, las resoluciones de Naciones Unidas, la OCSE, Consejo de Europa, UE, etc., el propio avance de un derecho nacional cada vez más comprometido así como el activismo judicial promovido por las mil entidades defensoras de los Derechos Humanos y esto, no solo en el campo específico recogido por la tradición bajo la concreta disciplina jurídica de los Derechos Humanos, sino también en esos otros marcos a la postre profundamente vinculados. Baste un ejemplo: la denominada política de vecindad de la UE recrea también ese complejo orden no-estatal y que termina promoviendo incluso mecánicas de "cooperación parlamentaria" como establece al caso el Estatuto Avanzado de la UE con Marruecos. Las referencias a aspectos como la ecología, políticas de género, defensa de minorías, Derechos Humanos clásicos, presos, etc., han terminado por definir el nuevo campo de las Relaciones Internacionales. Lo que ya algunos autores denominan un "derecho blando", en oposición a la rigidez de los modelos de soberanía, donde la imagen del legislador se diluye en una construcción técnica, sometida a un número elevado de exigencias y condiciones, que terminan por imponer sus modelos normativos. Decimos derecho blando al no quedar constreñido al positivismo rígido de los códigos sino que se ve profundamente modulado por programas, compromisos, mecánicas de cooperación institucional, códigos de "buenas prácticas", etc. que terminan articulando y controlando el actuar de tanto los operadores jurídicos como de las mismas administraciones públicas, incluidos los responsables de los aparatos de seguridad del estado. Un derecho blando al margen por lo tanto de la vieja expresión de la soberanía y que constituye hoy día una importantísima parcela del quehacer normativo.

Cuando, por ejemplo, se concede el Premio Nobel de la paz a un disidente chino que, además está en prisión, se somete al gobierno chino a una presión internacional de alto calibre. Lo hemos visto en el caso del disidente chino Liu Xia Obo y que ha llevado hasta al mismo Obama a pronunciarse.

Con esto se ha ido gestando un doble proceso. Por un lado se urge hacia una consolidación extrapositiva del derecho, en especial en esta materia de los Derechos Humanos, por otra se consolida también como expresión positiva al formalizarse en la textualidad de los usos administrativos. Es decir, por un lado se incorpora este sin fin de nuevos instrumentos que la mecánica normativa pone a disposición del orden jurídico, pero a la vez se produce un alejamiento de las instancias clásicas de ese mismo orden jurídico. Es decir,

cada vez priman más estos nuevos modos de configuran los derechos, especialmente en una materia tan sensible como la nuestra.

Es el caso de los Planes Nacionales de Derechos Humanos, construidos al amparo de la Convención de Viena de 1993, donde los derechos alcanzan una dimensión operativa nueva, afianzando el papel del estado y, sobre todo de su expresión administrativa, como específico sujeto pasivo y obligado en la construcción de esa nueva dimensión del hombre en un espacio de bienestar. Lo mismo sucede con esa naciente jurisprudencia que borra las fronteras entre lo nacional y lo internacional y que abre las puertas del proceso penal a una multitud de casos que se ocultaban bajo la baza legal del "interés de estado". ¿No renunció recientemente la Sra. Tzipi Livini, ex ministro de Asuntos Exteriores del Estado de Israel, a viajar por Europa por el temor a ser detenida a causa de algún procedimiento que pueda haber abierto en alguna parte del mundo? Una red, cada vez más tupida, de cooperación judicial, autónoma, al margen de la competencia del Ejecutivo, puede colocar, y de hecho coloca, órdenes de detención por doquier y por cualquier causa. Puede que incluso desconocida por el afectado. Era el caso de los crímenes de dictadores, pero también alcanza a ese mismo tipo de crímenes cometidos por gobiernos que, hasta hace bien poco, se "auto-disculpaban" por su misma condición de democráticos. Ministros franceses, generales norteamericanos, rusos, ingleses, etc. (¿No es esta la trama de una película como "The ghost writer" de Polanski?) se convierten, de igual forma que los coroneles chilenos o los militares malayos, en objetivo eficaz de los autos de procesamiento.

La consecuencia es que se ha ido creando una tupida red de relaciones jurídicas donde el concepto de Derechos Humanos se vuelve determinante. Y hablamos de red de relaciones no de Ordenamientos Jurídicos por ese carácter "blando" que enunciábamos tomando la metáfora de Z. Baumann y la sociedad "líquida" de nuestro tiempo. Hablamos de un modelo blando ("líquido") por su estructura no centralizada, cada vez más alejada de la idea de un centro soberano del que emana el nuevo derecho. Ahora las fuentes de ese derecho se combinan con estructuras no-estatales: la presión de los medios de comunicación, la acción de las ONGs, las Comisiones de investigación en el seno de instancias internacionales (OCDE, UE, CE, UN, etc.) las defensorías del pueblo, "Comisiones de la Verdad". Con ello se va construyendo un nuevo legislador ubicuo, un legislador cada vez más técnico, más profesionalizado, pero, justamente por esto, carente de esa plenitud democrática que otorga la vinculación directa con la expresión de la voluntad popular. Será justamente a causa de esa falta de legitimación, derivada de ese déficit democrático, lo que obliga a incorporar, como necesaria instancia legitimadora, esa específica conciencia en materia de Derechos Humanos. En definitiva, la doctrina de los

Derechos Humanos se ha vuelto la nueva instancia legitimadora, en lo político, de ese legislador universal al que nos lleva la nueva técnica legislativa.

Por otro lado, y esto queda patente sobre todo en los Planes Nacionales de Derechos Humanos, se produce un paulatino proceso de administrativización frente al viejo prejuicio liberal, con fuerte sabor penalista, donde nacieron. Ya no se pide únicamente una posición pasiva de respecto a la persona, el compromiso se vuelve activo, autoexigente. No basta con un NO a la violencia contra la persona, la mecánica se vuelve hoy prestacional; el compromiso hoy se vuelve activo, en una exigencia real de servir a esa plenitud de la persona que, en lo sociológico, se define con el concepto de "calidad de vida" y bienestar. Esto se aprecia hoy en mecanismos como los desarrollados en España con instrumentos tales como la Ley de la Dependencia o la ley de la Ciudadanía Española en el Exterior, la ley de la Igualdad, etc. El estado se vuelve garante de ese derecho al disfrute de una serie de derechos —la expresión moderna de los Derechos Humanos— sobre los que se construye la plenitud de la persona. Un activismo constante que alcanza su plenitud en exigencias como la que establece la Constitución Española de 1978 en su artículo 9: el compromiso del Estado de "remover los obstáculos" que impidan el disfrute y realización de estos derechos. Resulta aquí interesante apreciar la potencia de esta exigencia en leyes como el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, donde los compromisos adquiridos por el Estado se desparraman literalmente sobre los aparatos administrativos de terceros países (la ley establece exigencias sobre administraciones de países terceros, lo que obligará a crear nuevos mecanismos de ejecución, construidos sobre la cooperación internacional). Como decimos, un derecho blando que hace del ejercicio de estos derechos una realidad que trasciende, incluso, la geografía diseñada por las fronteras.

Fruto de esta aportación técnica ha sido también la profunda transformación del marco conceptual donde funciona la moderna doctrina de los Derechos Humanos. Nadie ya duda en incorporar nuevos dominios a primera vista incluso contradictorios con la expresión. Hemos hablado de derechos sociales —en cuanto expresión de esa plenitud social en la que se desarrolla la persona—, pero también, y siguiendo la misma mecánica, aparecen cada vez con mayor potencia los que pudiéramos denominar derechos ecológicos y no solo en su competencia para armonizar esa calidad de vida que se convierte en el nuevo objetivo último de la doctrina, sino en sí mismos, en la conciencia de que hablar de ser humano es también predicar los derechos de ese espacio —la biosfera— en la que ese mismo hombre vive. Por contradictorio que parezca, los derechos del mono en el "Proyecto Gran Simio", constituyen parte de esa nueva dimensión de los Derechos Humanos.

La vieja doctrina de mínimos sobre la que se asentó la enunciación y, en algunos casos, la positivación de los Derechos Humanos aparece hoy como una doctrina, si no de máximos, si con voluntad de proyección. Con ello se produce un profundo avance que podemos constatar en la dicción de dos textos separados por los dos siglos de doctrina: la Declaración de Independencia Norteamericana y la Constitución Española de 1978 y que encuentra su prolongación en los mencionados planes de Derechos Humanos. En aquella, con la definición de un "suelo" inalienable, y ahora, en 1978, en el proyecto de una plenitud humana. Ahora bien, y este es el interés de contraponer ambos textos: su contexto humanista. Ese ideal común que, en el discurso Ilustrado se definía como "la búsqueda de la felicidad" y ya en 1978, en plena consagración del desarrollismo europeo, se seculariza bajo el término más técnico de "calidad de vida". Con ello también se recorre ese largo camino que va desde la ideología liberal al marco de compromisos sobre los que se quiso construir el Estado del Bienestar. Anotamos aquí nuestra primera conclusión: el proceso de cierre de un discurso que, nacido en la Ilustración, ha entrado, en estos inicios del siglo XXI, definitivamente en decadencia.

Todo ello, como apuntamos desde un principio, entraña una específica historicidad. Una historia que atraviesa la Modernidad desde sus orígenes en la Ilustración hasta la crisis del modelo del Welfare State y la actual liquidez de la sociedad postmoderna. Sin embargo desde esta historicidad no tenemos tanto que deducir un relativismo cultural —propuesta que ya enunciara Montagne y que profundiza el estructuralismo ya en el siglo XX— sino sobre todo el conflicto interno que incorpora la paulatina autonomía del sistema. Un sistema que surge, decimos, no solo como propuesta ideológica, sino sobre todo como instrumento específico en la confrontación política de su momento histórico. Una consecuencia concreta al día de hoy es la actual crisis del modelo de los Derechos Humanos. Quiebra en mucho de sus fundamentos, pero también apertura a un universo de oportunidades. Frente a esa mecánica administrativa y tecnocrática que piensa en un "final de la Historia" y, con ello, la plena consagración de este modelo de Derechos Humanos como meros derechos subjetivos, un discurso más combativo y por ello más realista reclama una constante vigilia, una lucha continuada por la eficacia de unos derechos todavía demasiado frágiles, una concepción de estos Derechos Humanos más como un proyecto de lucha y acción. Un modelo de derechos, por lo tanto, más vinculado a la idea de política que a un reduccionismo tecnocrático.

Esto se aprecia especialmente en los puntos de crisis que se han abierto en la doctrina. Nos referiremos principalmente a tres aunque todos ellos estrechamente relacionados: el vuelco del derecho procesal desde la posición del procesado a la víctima, la eclosión de los derechos colectivos y la irrupción de

los delitos vinculados al terrorismo. De entrada el denominado "derecho de las víctimas". La victimología se ha convertido en el centro de reflexión de la acción jurídica, y con ello ha abierto la más grave brecha en los tradicionales fundamentos del sistema. El otro punto de quiebra, como hemos dicho, surge del tema de los derechos colectivos, consecuencia de esa diversidad se abrió paso con los procesos de descolonización de los viejos imperios europeos y que facilitó la irrupción de expresiones comunitarias extrañas al desarrollo del derecho de Occidente. Entre ambos puntos de crisis deambula hoy día la doctrina de los Derechos Humanos. Dos aspectos, sin embargo, profundamente vinculados. La tercera quiebra surge con el concepto "terrorismo".

De entrada hay que ser conscientes de los orígenes de ambos procesos. En la Conferencia de Bandung (1955), se consagró un nuevo término que pasó a formar parte del lenguaje común en el marco de las relaciones internacionales: "Tercer Mundo", con ello se hacía referencia, no como algunos creen a una propuesta de "tercera vía" entre los dos modelos —comunista y capitalista— imperantes, sino a la urgencia de buscar la auténtica instancia de la Modernidad en un mundo que empezaba a definirse como planetario. El término, como decimos, se construye bajo el imaginario que proporcionó Siéyès al construir el concepto revolucionario de Nación y su identidad con el "Tercer Estado". Así como sólo es parte de la nación revolucionaria ese Tercer Estado constituido por el pueblo llano, así mismo sólo los países de ese Tercer Mundo, definidos desde su misma pobreza, pasaban a constituir la auténtica esfera de la nueva sociedad internacional. Con ello se pretendía unir los conceptos de Modernidad y Democracia a un "pueblo llano" en el marco internacional, ese Tercer Mundo de la nueva teoría internacionalista. El "tercermundismo". Apunto esto para apreciar el profundo componente ilustrado que enceraba la propuesta.

Esta nueva conciencia colectiva se consolida con la irrupción y plenitud de los procesos migratorios de la segunda mitad el siglo XX y la pérdida de la supuesta unidad cultural de los estados europeos. La gigantez del Holocausto, la conciencia de la Soah y el martirio del pueblo judío, la percepción a través de los medios de comunicación de los horrores de las guerras de descolonización (Vietnam, Argelia, Congo, India...) introducían, tanto en la conciencia social como en le lenguaje jurídico, la idea colectiva de víctima. Con esto ya tenemos cerrado el vínculo entre estos dos factores que tanto han alterado el sistema de los Derechos Humanos.

La idea de víctima siempre ha existido. Ella es la que desencadena la reacción del Estado. La doctrina de los Derechos Humanos venía justamente a limitar esta reacción. De ahí su preocupación por el detenido, por el acusado.

No solo la presunción de inocencia, sino también la prohibición de la tortura en el proceso y en el castigo. Toda la penología moderna (Beccaría, Guillotin, etc.) se construye bajo este principio: poner límites a la reacción del estado en pro de la persona. El caso Calas fue el paradigma de esta lucha, como luego lo será Dreyfus. El estado, todo el Estado —de ahí el fiscal como ministerio público— proyecta su carga amenazante contra el acusado al que detiene por la fundada sospecha de ser el responsable del crimen perseguido. El proceso viene justamente a limitar esta reacción abrumadora y, frente al natural deseo de venganza que el estado asume en nombre de la víctima, el proceso interpone los derechos del acusado en cuanto persona, desde la presunción de inocencia hasta la humanidad de su esencia vital que le debe proteger frente a todo intento de cosificación deshumanizadora. Todo el proceso, toda la historia del derecho procesal, desde esas lejanas épocas de la Revolución Francesa, todo lo que ha sido el fundamento de los Derechos Humanos desde un principio, no ha sido otra que la lucha por reforzar esas garantías del acusado. Frente al Estado, es justamente él —el acusado— el que aparece como la parte más débil y necesitada de protección.

Es este modelo el que, como decimos, entra en crisis y se invierte fruto de las nuevas consideraciones. Conceptos como "testigos protegidos", "víctimas anónimas", "víctimas cualificadas", hasta la aberración de los "jueces sin rostro" que llegó a inventar la jurisprudencia colombiana, rompen esos doscientos años de proceso penal. Es cierto que el gigantismo de ciertos crímenes como el genocidio, las ramificaciones del crimen en los órdenes político y económico en temas como el narcotráfico, el blanqueo de dinero, la corrupción política y empresarial, las mafias internacionales, etc. justifican en parte esta transformación, pero con ello se han abriendo las puertas a una crisis que amenaza con cerrar el ciclo iniciado con la Ilustración y el Derecho Moderno. A este proceso están vinculadas expresiones tales como "genocidio" —difícil de comprender desde ese derecho moderno porque, en definitiva, definida la persona como el bien jurídico supremo, ¿Puede haber un crimen aún más atroz que el asesinato?—, "feminicidio", "etnicidio", en expresión de violencias generalizadas contra grupos sociales definidos por su cultura, raza, sexo, etc. Delitos todos ellos que han llevado, en algunos casos, a la ruptura del principio de igualdad, poniendo penas superiores según la condición del infractor (en los delitos de género) o su ideología (delitos de apología) o sus intenciones íntimas (delitos de odio), lo que nos adentra en modelos (los delitos de autor) expulsados del ordenamiento jurídico desde hace más de doscientos años.

El terrorismo ha sido la otra gran falla del sistema con una tendencia abrasiva sobre la función moderadora del proceso. Lo hemos visto en temas como Guantánamo, los vuelos secretos de la CIA, el renacimiento de los asesinatos

selectivos, los secuestros estatales que nos retrotraen a los tiempos de La Bastilla y el retorno de la tortura que creíamos expulsada conceptualmente desde la época de Volataire. La estigmatización del delito de terrorismo y su cualificación hasta el infinito deja escaso margen para la razón procesal. La crisis es tan grande que convierte al acusado en enemigo irreconciliable de la sociedad, con ello la posibilidad del proceso se vuelve nula. Deshumanizado el terrorista hasta su cosificación, su ejecución deja de ser un acto procesal para devenir una actividad meramente higiénica. Los denominados "asesinatos selectivos" que comete Israel se hacen al margen de toda dialéctica procesal, tienen la misma lógica que el exterminio de una plaga de langostas o, y esta es la gran paradoja, que la "Solución final" del pensamiento Nazi. Como denunciaban Primo Levy y Hannah Arendt la cosificación del hombre conduce a la "vanalización del mal", convertido en mero objeto de un ejercicio administrativo. El concepto de "enemigo combatiente" que inventó el Penágono, vino a cubrir este vacío otorgando al Estado, a los verdugos, un supraderecho sobre todo posible derecho desde el que se podía privar al detenido no solo de la vida sino de toda posible consideración como persona (Guantánamo, decimos, pero también Abu Graib, Chechenia, las cárceles secretas en la Europa Oriental post-comunista, el matar hasta los niños, porque, cuando crezcan serán los nuevos terroristas, como se dijo en Líbano y Gaza), todo esto termina igualando las lógicas del terror tanto de un bando como del otro.

Una serie de verdaderos agujeros negros del derecho, construidos desde la misma voluntad de desarrollo de algunas de las ramas de ese mismo derecho. Pura contradicción tan compleja como la que Dostoievki describe en "El gran inquisidor", esa pequeña novelita inscrita en el libro V de "Los hermanos Karamazov" y donde el propio cardenal-inquisidor confiesa a su víctima que ya ha pasado el tiempo de los profetas y los santos, es el momento, le dice, de una Iglesia bien ordenada y gestionada desde un punto de vista administrativo, lo que, por el bien de esa misma Iglesia, le llevaría a condenar y ejecutar, en nombre del cristianismo, al mismo Cristo si apareciera de nuevo sobre la tierra.

La tercera falla surge de ese nuevo concepto, de entrada radicalmente antiilustrado: los denominados "Derechos colectivos". Es cierto que el concepto de colectividad no ha sido nunca extraño al derecho y que muchas veces nos vemos obligados a contemplar la realidad desde instrumentos de comprensión globalizantes. Sería el caso de la estadística, cuya eficacia resulta incuestionable. De esta manera podemos hablar de los derechos de los trabajadores, o del derecho al desarrollo de los pueblos, etc. en esta misma línea estaría el caso de las luchas feministas por el derecho a la igualdad, modelo, a demás, de las luchas contra otros tipos de discriminaciones, provengan de la edad, al

raza, al religión, etc. Aquí no hay tanto derechos colectivos como estrategias para el reconocimiento de la igualdad sin distinciones aborrecibles. En definitiva, lo que se busca es garantizar la plenitud de la persona, y esto en todos y cada uno de nosotros.

Sin embargo, al socaire de esta lucha contra la discriminación se han ido colando otros conceptos que sí ya resultan radicalmente antiilustrados. El problema es que han arraigado de tal manera en la doctrina que hoy resulta imposible desprendernos de ellos. Hemos mencionado conceptos como "Genocidio", insisto, incompatible con la concepción de la persona como bien supremo. De pronto, el "genos", es decir, la colectividad del pueblo, adquiere un grado de valor superior a la persona ya que su violación (el genocidio) pasa a tener una consideración más grave que el asesinato. Pueblos, culturas, identidades, alcanzan así una prioridad que, en algunos casos, ha terminado actuando contra la misma idea del ser humano en su individualidad. En todo caso, ha terminado incorporando la objetividad del derecho penal, rasgos de una subjetividad que n os retrotraen a una premodernidad peligrosa.

IV. PARA UNA CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto sería difícil establecer unas conclusiones, sin embargo sí hay una que no quisiera olvidar. De entrada el carácter histórico no sólo de todo el derecho, sino sobre todo de la doctrina de los Derechos Humanos. El concepto de Derechos Humanos no es universal, ni en lo geográfico ni en lo histórico. Nace fruto de un especial estado de ánimo social, intelectual, económico y político, lo que denominamos la Ilustración, y nace como respuesta a un orden jurídico que se convirtió en incompatible con las nuevas sensibilidades de una época que hizo de la persona, sus sentimientos y anhelos, el centro mismo de las preocupaciones de la sociedad y del estado. Así lo reflejó maravillosamente el constituyente norteamericano cuando fijó en el frontispicio de su Declaración de Independencia el derecho del hombre a la "búsqueda de la felicidad". Una realidad que, aunque proclamada por gente creyente, quedaba ya lejos de la idea sagrada de un Edén paradisíaco, recompensa divina para los Justos y Santos. La felicidad que reclaman estos revolucionarios aparece definitivamente secularizada, lo que convierte al mismo cuerpo humano —y no a su alma— en el destinatario de la justicia y del progreso.

Ahora bien, si se percibe una específica concepción de la felicidad extraña a la vieja definición teológica, lo mismo sucede, como decimos, con la idea de

hombre, y es esto lo que no ha sido tan fácilmente "leído" a la hora de interpretar los fundamentos mismos de la doctrina de los Derechos Humanos.

Las paradojas no faltan. Ese mismo Jefferson que redacta ese magnífico Preámbulo del texto de la Declaración de la Independencia no encuentra contradicciones entre esa exigencia universal de libertad y el mantenimiento de la esclavitud. Como le sucede también a Washington y al resto de propietarios de esclavos que escriben "El Federalista". No es tampoco un problema de épocas y sensibilidades como parece apuntar Hannah Arendt, justificando lo injustificable (¿fue un simple problema de perspectiva histórica el tema del Holocausto?), la prueba de ello es que, en esa misma época y de esa misma clase social eran Clarkson o Wilberforce y todos los grandes abolicionistas británicos y franceses que polemizaron violentamente con los autodenominados "liberales" que defendían la esclavitud.

El problema no es de "mentalidades" sino de ideologías. Wilberforce y tantos otros abolicionistas, desde ciertos puntos de vista, estaban más cerca de posiciones antiliberales que sus colegas constitucionalistas norteamericanos. Basta recorrer los textos de otros grandes liberales: Mandeville, Burke, Siéyès, Constant o Tocqueville, para comprender que no es un problema de épocas sino directamente de la previa definición de "Hombre". Es más, en algunos de sus textos todavía se incorpora un concepto bastante revelador, el de "Hombres libres". Cuando hablan de hombres —"todos los hombres"— no necesariamente se refieren a todos los seres humanos. Un cierto matiz se va incorporando, secularización, a través de la Reforma, de la idea de "pueblo elegido" que tanto juego dio en la construcción de las ideologías supremacistas de la raza anglosajona o nordeuropea en general. Desde ahí se comprende la amistad y las "coincidencias" entre el pensamiento de un Tocqueville y un Gobineau, entre el liberalismo de uno y el racismo del otro y que han permitido históricamente la "comprensión y justificación" de los regímenes de segregación racial hasta casi el siglo XXI: vigente en Estados Unidos hasta prácticamente los años "70", en Sudáfrica hasta los "90", y hoy practicado todavía en Israel respecto a la comunidad árabe y palestina.

Esta es la contradicción que afronta hoy la doctrina. De un lado la comprensión radical de que es fruto de un proceso mental profundamente vinculado al desarrollo del pensamiento Europeo, la Ilustración. Pero que se ha convertido —y ahí está parte de la lucha— en verdadero patrimonio jurídico de la humanidad en general. Y junto a esto la línea cruzada de una nueva reflexión que necesariamente ha de proceder a criticar y depurar todo ese sustrato antihumanista que se cuela desde los orígenes mismos de la doctrina.

Y, a la vez, no tener miedo al desarrollo contradictorio que incorporará la irrupción de nuevos puntos de vista definitivamente extraeuropeos.

Hablamos de historicidad, aunque con ello no debemos caer nunca en el relativismo. Esta debe ser la gran lección actual de la doctrina de los Derechos humanos. Pero justamente por hablar de historicidad debemos ser conscientes de la gigantesca sima que aun nos separa de un verdadero reconocimiento de esta tipología de derechos y de las dificultades conceptuales que hay para ello. Una dificultad conceptual que sólo podremos superar en el reconocimiento y la comprensión de esa realidad en el llamado mundo occidental. Esta labor es fundamental por, al menos, tres aspectos. De entrada por el discurso auto-complaciente que, desde ese mismo Occidente, se lanza repartiendo o denegando acreditaciones y títulos sobre el buen comportamiento en materia de Derechos Humanos de terceros países y culturas. En segundo lugar por la ocultación sistemática de las terribles violaciones que han sucedido y suceden en el espacio de esa cultura europea (la Alemania Nazi era Occidente en el sentido más restringido del término). Pero sobre todo, por la tercera razón, el sustrato ideológico que subyace a esas posiciones y que, más allá de la dificultad de ver los errores propios (la vieja metáfora de la paja en el ojo ajeno y la viga en el propio), impone una específica concepción de lo que son los derechos y lo que es el hombre. Como ya hemos apuntado, en ese Occidente construido por el mito Europeo, cuando se habla de "hombre" se piensa en forma más o menos exclusiva en el propio hombre occidental. La quiebra entre el hombre blanco y el resto de realidades raciales, culturales o nacionales es todavía perceptible en la cultura de masas desarrollada por el cine. No podemos olvidar que ese concepto de "hombre" tiene también su propia historia, con unas raíces en la propia historia política y religiosa de nuestro mundo.

El concepto hombre, en su proyección político-jurídica, se consolida con la Ilustración pero se origina a finales del la Edad Media y el Renacimiento. Aquí confluyen posiciones ya abiertas hacia el futuro (como esa memorable "Oración por el Hombre" de un Pico dela Mirándola) con otras que todavía miran insistentemente hacia el pasado. Quizá algunas de las claves más interesantes podamos encontrarlas en la Reforma Protestante. Los Reformadores, como es sabido, propiciaron una lectura inmediata y no eclesiástica de los textos sagrados tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento. Pero sobre todo del Antiguo lo que facilitó la consolidación de lecturas literalistas y frecuentemente integristas del texto hebreo. No fue extraño que, sobre todo en los procesos colonizadores del Nuevo Mundo, algunas de estas colonias se sintieran el "Nuevo Israel" con la sagrada misión de expulsar de esa "Nueva Tierra Prometida" a los "filisteos" y nativos que la ocupasen. Ellos eran el verdadero y nuevo "Pueblo Elegido" llamados a una verdadera misión de cons-

truir el Reino de Dios sobre la tierra. Un providencialismo que se reflejó en posiciones políticas a lo largo de más de dos siglos: la doctrina de "El Destino Manifiesto" fue un ejemplo bien claro. El profesor Aranzadi, en una inquietante obra denominada "El escudo de Arquiloco" ve ahí el sustrato ideológico de los numerosos grupos terroristas norteamericanos.

Este sustrato cultural de considerarse un pueblo elegido también arraigó en amplias zonas de Europa. Inglaterra, Alemania, etc., también desarrollaron sus propios mitos (todavía reconocible en la ideología Africaner de los holandeses asentados en Sudáfrica) que, con el influjo de nuevas mitologías (sobre todo con el Romanticismo) y de las corrientes cientifistas del siglo XIX, pronto secularizó sus formas y se propuso bajo ropajes más o menos modernos. Una idea de superioridad, de elección deducida, si no de la voluntad de Dios, si al menos reafirmada por la Historia (y pronto por la ciencia) terminó imponiéndose tanto en la cultura popular como en la científica. Negros, gitanos, judíos, devinieron razas inferiores. Pronto se añadieron otras: orientales, árabes, o los mismos pueblos atrasados de esa Europa: Daneses, españoles, irlandeses, italianos..., excluidos todos ellos de la "auténtica" humanidad.

No es, por lo tanto, un problema de épocas como pretende explicar Hannah Arendt. La compatibilidad entre la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre en Norteamérica y el mantenimiento de la esclavitud en esas mismas excolonias estaba inscrita en la propia lectura del concepto Hombre. No hay contradicción pues no se habla de un mismo "hombre". Por eso los modelos discriminatorios (el Apartheid, incluido) hayan permanecido hasta el siglo XXI.

Sin embargo no es este problema conceptual el único "pecado" de la cultura occidental. Noticias recientes van destapando los horrores que, en la propia vida cotidiana, pero en la gran justificación de un modelo cultural, se han cometido en nuestro propio mundo hasta fechas de actualidad. La violencia machista y su perseverancia, una pederastia ejercida en el seno de instituciones educativas y de acogida que demuestran el absoluto desprecio hacia los niños y menores, el uso de inmigrantes (fundamentalmente latinos) para experimentos en el desarrollo "clínico" de enfermedades, la utilización, por parte de los Estados Unidos, de soldados rasos para apreciar los efectos de la radiactividad en las pruebas nucleares... Niños, mujeres, pobres, inmigrantes, es decir, todo lo que es vulnerable, todo lo que no se puede defender, verdaderas "clases inferiores" puestas al servicio de los intereses de una sociedad acomodada. En esta semana leo en la prensa la denuncia generalizada contra la "Humanitaria Suiza" por la práctica, a lo largo de muchos años, de un peculiar sistema de castigo hacia los "jóvenes rebeldes". Un internamiento en

prisiones, diferenciándose de los presos sólo por el color del uniforme penitenciario. Una rebeldía donde quedaban incluidas las jóvenes con embarazos extramatrimoniales, incluso uno que se empeñó en estudiar contra el criterio de sus padres. Expresión, todo ello, de la brutalidad con la que, desde siempre, se trata a los más débiles, incluidos los de la propia familia.

* * *

Con todo ello hemos querido remarcar como la cuestión ya no es construir un sistema ordenado y cerrado, sino promover una línea constante de debate y acción. En definitiva, la doctrina de la Derechos Humanos para este siglo XXI no será tanto un cuerpo normativo más o menos positivado, sino el compromiso constante de un estado democrático y una sociedad civil activa y combativa en pro de los valores superiores que contiene la persona.

La cooperación franco-española en la lucha contra el terrorismo de ETA

Manuel Guillamo
Coronel de la Gendarmería francesa
Agregado de Defensa de la Embajada de Francia en México

I. INTRODUCCIÓN

La cercanía geográfica y afectiva de ambos países hace que Francia y los franceses se sientan particularmente sensibles por los eventos afortunados o desafortunados que afectan al pueblo español, como el de la tregua anunciada por ETA el pasado 4 de abril. Nadie ignora en Francia el problema del terrorismo nacionalista vasco, que se originó en España desde hace más de treinta años. Desde principios de los años 1970, España ha sido objeto, con regularidad, de ataques terroristas en su territorio, debido principalmente a ETA[1]. Además de los 192 muertos del 11 de marzo de 2004, atribuido al extremismo islamista, se deben deplorar en ese país, hasta la fecha, 900 muertos debidos a la banda terrorista. España es, junto con Francia, el país más afectado por el terrorismo.

La cooperación franco-española en la lucha contra el terrorismo vasco comenzó mucho antes de que los terribles atentados terroristas de Nueva York y Washington, el 11 de septiembre de 2001, provocaran que de manera súbita la comunidad internacional tomara conciencia de la grave amenaza que se cierne hoy día sobre las sociedades libres.

Desde hace cerca de veinte años, la cooperación policiaca y judicial franco-española no ha dejado de fortalecerse, para convertirse en un modelo de referencia. Esta cooperación se lleva a cabo a través de un trabajo cotidiano de magistrados y policías franceses y españoles, de tal manera que quienes pla-

---

1 ETA: *Euskadi Ta Askatasuma, País Vasco y Libertad*

nifican, financian o cometen actos de terrorismo son perseguidos y llevados ante la justicia.

II. LOS HECHOS

Desde su nacimiento, hace más de cuarenta y siete años, el 31 de julio de 1959, ETA sigue existiendo a pesar de los considerables cambios que se han dado en la sociedad española desde el advenimiento de esta organización terrorista, la cual ha evolucionado tanto en sus estructuras operacionales y técnicas como en la estrategia política.

El anuncio de ETA a principios de año, de un "alto al fuego permanente" y el inicio de una negociación política, es el resultado del desmantelamiento regular de los aparatos militar, logístico y de formación de los *etarras*. Desde 2003, somos testigos en Francia, en particular, de una desarticulación cada vez más rápida de los comandos, lo que ha dejado a la banda terrorista en su nivel más bajo aunque esto no ha impedido a ETA perdurar y regenerarse, incluso si el reclutamiento ya no tiene la misma calidad de antes.

La evolución de ETA ha ido desde el abandono de la estrategia original —que consistía en provocar una insurrección popular como medio para lograr sus fines— hasta la convicción de que este objetivo era utópico y por ende inaccesible. Haberse dado cuenta de ello la llevó a convertirse nuevamente en una línea ideológica, la *Alternative* KAS[2] que, a pesar de tener los mismos objetivos, reconocía la imposibilidad de una victoria militar sobre el Estado español, lo que la obligaba a recurrir al desarrollo de una nueva estrategia con el fin de hacer hincapié en el efecto desestabilizador de su acción.

La nueva estrategia de ETA, de un abandono de los atentados y la apertura de un diálogo, se refleja en una gama más amplia de actividades. Esta estrategia implica una movilización de diversos sectores favorables a la sociedad vasca, por medio de militantes en los diferentes colectivos que pertenecen a su esfera de influencia, un mejor equilibrio entre lo político y lo militar y acciones continuas para afectar el orden público: la "*kale borroka*[3]"**.**

Las importantes transformaciones sociales que se han llevado a cabo en España durante estos últimos años, han hecho que la organización terroris-

---

[2] Comité Patriótico Socialista.

[3] "violencia de calle" en vasco.

ta tome conciencia de que no es representativa de un sector mayoritario de *Euskadi*[4], incluso si se le considera como el elemento catalizador y autor de los avances logrados, en particular cuando la Constitución Española de 1978 otorgó una muy amplia autonomía al gobierno regional vasco. El medio tradicional de simpatizantes maoístas[5] que siempre ha apoyado a ETA y que se caracterizó a principios de los años 1980 por un claro aumento —por factores como el GAL[6] o los escándalos relacionados con los excesos de la Guardia Civil en el País Vasco en su lucha antiterrorista— ha disminuido estos últimos años. Este universo ha proporcionado a ETA una mano de obra muy activa, capaz de difundir consignas, sembrar la agitación, ejercer presiones, ocupar el terreno por cuenta ETA en las localidades vascas y de Navarra.

De hecho, en los últimos documentos internos confiscados a la organización terrorista, se puede constatar que el plan de autodeterminación de los nacionalistas vascos moderados, como el famoso plan *Ibarretxe*, no ha sido de ninguna manera tomado en cuenta e incluso ha sido separado y despreciado. Este proyecto, al que el actual jefe de gobierno vasco, Juan José Ibarretxe, dio su nombre, pretende comprometer al país vasco en un proceso de secesión con respecto a España. El primer paso sería la creación de una “comunidad libremente asociada” al Estado español, la cual, en los hechos, sería prácticamente independiente del poder central en materia ejecutiva, legislativa y judicial.

Por el contrario, el robo del pasado 23 de octubre, de 341 armas de mano en Vauvert (Departamento de Gard, Francia) a cargo de los independentistas vascos[7] cuestiona el proceso de paz emprendido con el gobierno Zapatero, desde el pasado mes de abril.

III. LA COOPERACIÓN JUDICIAL FRANCO-ESPAÑOLA

Conscientes de esta amenaza, Francia y España han desarrollado, desde antes del 11 de septiembre de 2011, su campo de cooperación bilateral en

---

4 País Vasco.

5 La banda terrorista se mueve en la esfera denominada “Movimiento Nacional de Liberación Vasca” (‘MNLV) que responde a la máxima de Mao Tse Tung: “El pueblo es al guerrillero lo que el agua es a los peces”.

6 “Grupos Antiterroristas” (GAL) clandestinos de la policía española, implementados por el Gobierno González para combatir a ETA en los años 1980.

7 Entre enero y octubre 2006 la policía francesa registró 101 huellas del paso de comandos de ETA en 28 departamentos.

contra del terrorismo internacional. Ambos países se comprometieron, con decisión, a emprender este camino de la cooperación entre ambas naciones, cuya necesidad ha sido reconocida, hoy día, por la comunidad internacional. Entre las numerosas acciones que se inscriben dentro del marco de esta colaboración bilateral citemos, por ejemplo: el fortalecimiento del arsenal jurídico; la entrega temporal a las autoridades españolas de los miembros de ETA detenidos en el territorio francés para que sean interrogados en España, antes de ser juzgados, como se debe, en Francia; la creación de equipos conjuntos o incluso la entrega inmediata de documentos interceptados a los terroristas. Cabe precisar que esta cooperación judicial franco-española fue puesta en marcha en el más estricto respeto de los derechos de las personas detenidas por su presunta intervención en actividades terroristas.

La firme política que caracterizó a los dos gobiernos Aznar (1996-2004) se vio coronada por el éxito en el plano operacional, permitiendo una baja notable de los atentados de ETA estos últimos años, incluso si representó un costo político en las relaciones entre Madrid y la comunidad vasca. Esta política implicó, en primer lugar, un fortalecimiento del arsenal jurídico.

La ley orgánica 7/2000 del 22 de diciembre de 2000, modifica el código penal español reglamentando la posibilidad penal de los menores, en el marco de las infracciones de terrorismo. Esta ley, para combatir ciertos territorios de difícil acceso para la justicia y la policía, en el que se encontraban algunas municipalidades vascas, fue el instrumento más eficaz para poner fin a la "*kale borroka*" y terminar con la violencia cotidiana que atentaba en contra de la vida normal de los ciudadanos vascos.

En la segunda etapa, el Sr. Aznar combatió al partido independentista *Herri Batasuna* (HB), vitrina legal de ETA, acusado por Madrid de servir de cobertura a la banda terrorista. La Ley orgánica del 26 de junio de 2002, confirmada por el Tribunal Constitucional el 27 de marzo de 2003, dejaba oficialmente fuera de la ley a HB. La Unión Europea y el Procurador General de Estados Unidos apoyaron este proceso para poner fuera de la legalidad a este partido, al incluir esta formación política en la lista europea de organizaciones terroristas.

De forma paralela a la acción del gobierno español, Francia siempre apoyó, inspiró y alentó a Madrid en su lucha contra el terrorismo de ETA. Cabe recordar que Francia disolvió, desde 1987, a *Iparretarrak* (organización gemela de ETA en el País Vasco francés). La Ley del 1° de enero de 1936, modificada en 1972 y 1986, otorga directamente al poder ejecutivo francés la facultad de disolver una agrupación política que predique una ideología racista, discriminatoria o violenta. En virtud de esta ley, Francia procedió a la disolución de

un número elevado de agrupaciones de extrema derecha o de extrema izquierda, movimientos independentistas corsos y diversas organizaciones acusadas de hacer la apología del terrorismo.

Los tribunales franceses —encargados de pronunciarse sobre las solicitudes de extradición presentadas por Madrid, luego de los arrestos de miembros de ETA en territorio francés— siempre rechazaron los argumentos que tendían a defender el carácter político de los crímenes cometidos por los *etarras*, para sólo considerarlos como infracciones de derecho común y por ello susceptibles de causar la extradición de sus autores.

Entre los avances recientes de la cooperación judicial, cabe evocar el recurso cada vez más frecuente, al procedimiento de entregas temporales previsto por la Convención Europea de Extradición de 1957, y reactivadas con motivo de los acuerdos de 2001. Este procedimiento prevé la entrega provisional al Estado solicitante de una persona cuya extradición ha sido otorgada, pero cuya entrega efectiva se ha retrasado, debido a asuntos penales en curso en contra de ella en el Estado requerido. Esta entrega permite evitar el retraso de los juicios.

Además, los ministros españoles y franceses de Justicia y del Interior decidieron recientemente **crear comisarías comunes**, patrullas mixtas y equipos comunes de investigación para acentuar la eficacia (desde el inicio de la organización conjunta) de la lucha contra ETA, pues el intercambio de información, desde el principio de las investigaciones, es sin lugar a dudas determinante para luchar eficazmente en contra del terrorismo.

Un grupo de trabajo franco-español estableció desde 2002, reglas comunes "*de buenas prácticas*" que los ministerios de justicia autorizaron (reglas que permiten, respetando los derechos y la confidencialidad de las investigaciones, mejorar informaciones y los respectivos servicios de policía y de ministerio público a ministerio público, o en el marco de cartas rogatorias). Reuniones periódicas entre procuradores franceses y españoles especializados en la lucha antiterrorista, en las cuales participan los magistrados de enlace en París y en Madrid, también se instituyeron.

Finalmente, un último grupo de trabajo franco-español rige las reglas de funcionamiento de los **equipos comunes de investigación**, y permite a los servicios de policía judicial de ambos Estados reaccionar directamente en el territorio del otro Estado. En este aspecto, España y Francia son pioneros dentro de la Unión en haber puesto efectivamente en marcha, desde 2004, este nuevo instrumento en el marco del espacio jurídico europeo.

Sin embargo, la policía y la justicia no son las únicas administraciones de ambos países movilizadas en la lucha contra el terrorismo: esto atañe a los otros ministerios quienes se esfuerzan en tomar en cuenta esta dimensión de la cooperación bilateral franco-española. Como ejemplo, la congelación de cuentas bancarias conjugada con medidas estructurales, cuyo objetivo es luchar contra el abuso del sistema financiero, aporta una contribución importante al desmantelamiento de redes terroristas.

Esta cooperación bilateral se articula, además, con la acción que España y Francia llevan a cabo, en el plan europeo, en donde una política de lucha contra el terrorismo se ha puesto también en marcha. Los Estados miembros de la Unión Europea, que coordinan sus esfuerzos en el marco de *Europol* y *Eurojust,* adoptan medidas cuyo objetivo es mejorar la seguridad tanto al interior de la Unión como en sus fronteras exteriores.

IV. CONCLUSIÓN

A pesar de haber anunciado un "alto al fuego permanente", ETA se presenta siempre como una hidra que renace sin cesar, gracias a una extensa facultad de adaptación, y también por el hecho de que dispone del apoyo directo o indirecto de una parte nada despreciable, aunque minoritaria, de la población vasca. Al respecto, es revelador que el partido independentista *Herri Batasuna*, que era la vitrina legal de ETA antes de haber sido puesto fuera de la legalidad el 29 de marzo de 2003, podía reivindicar, hace apenas tres años, ocho diputados (en el Parlamento Regional), 63 alcaldes y 890 consejeros municipales.

En diciembre de 2000, el Partido Popular (PP), que estaba entonces en el poder, y el Partido Socialista español (PS) acordaron un "pacto de Estado" contra el terrorismo. Ahora bien, el actual Jefe de Gobierno (PS), el Sr. Rodríguez Zapatero, concretó un proceso de paz con ETA sin el acuerdo del PP. El reciente golpe de ETA, ¿no pone acaso en tela de juicio este proceso? Este es el nuevo desafío al que debe responder el Sr. Zapatero.

Además, la colaboración ejemplar entre las justicias francesa y española, que debería continuar, ha constituido una de las principales fuentes de inspiración del ambicioso proyecto de creación de un espacio jurídico europeo único, el cual es responsable de la puesta en marcha, desde hace más de dos años, de un proceso acelerado de armonización de las políticas judiciales y policiacas de los Estados miembros de la Unión Europea.

Al respecto, es importante hacer hincapié en la creación, por iniciativa de España, de la orden de arresto europea, cuyo objetivo es evitar la lentitud del proceso de extradición, que entró en vigor en los 25 Estados de la Unión en enero de 2004. Se trata de un enorme progreso que no hubiera podido concretarse tan rápidamente sin la cooperación franco-española en la lucha contra el terrorismo de ETA.

La cooperation franco-espagnole dans la lutte contre le terrorisme de l'ETA

Manuel Guillamo
Colonel de gendarmerie française
Attaché de défense près l'Ambassade de France au Mexique

I. INTRODUCTION

La proximité géographique et affective des deux pays rend la France et les Français particulièrement sensibles aux événements heureux ou malheureux qui affectent le peuple espagnol, comme celui de la trêve annoncée par l'ETA le 4 avril dernier. Nul n'ignore en France le problème du terrorisme nationaliste basque, né en Espagne il y a plus de trente ans. Depuis le début des années 1970, l'Espagne a régulièrement fait l'objet d'attaques terroristes sur son territoire du fait principalement de l'ETA[8]. Outre les 192 morts du 11 mars 2004 attribuée à l'extrémisme islamiste, 900 morts, dus à la bande terroriste sont à déplorer dans ce pays à ce jour. L'Espagne est avec la France, le pays d'Europe le plus affecté par le terrorisme.

La coopération franco-espagnole dans la lutte contre le terrorisme basque a commencé bien avant que les terribles attentats terroristes à New York et Washington le 11 septembre 2001 fassent subitement prendre conscience à la communauté internationale de la grave menace que fait peser aujourd'hui le terrorisme sur les sociétés libres

Depuis près de vingt ans, la coopération policière et judiciaire franco-espagnole n'a cessé de se renforcer pour devenir un modèle du genre. Elle se réalise au travers d'un travail quotidien des magistrats et policiers français et espagnols, de sorte que ceux qui planifient, financent ou commettent des actes de terrorisme soient poursuivis et traduits en justice.

---

8 ETA: *Euskadi Ta Askatasuma, Pays basque et liberté.*

II. LE CONSTAT

L'ETA depuis sa naissance il y a plus de quarante-sept ans, le 31 juillet 1959, continue d'exister malgré les changements considérables qu'a connus la société espagnole depuis l'avènement de cette organisation terroriste. Elle a évolué aussi bien dans ses structures opérationnelles et techniques que dans la stratégie politique.

L'annonce par l'ETA en début d'année, d'un «cessez le feu permanent» et l'amorce d'une négociation politique est le résultat du démantèlement régulier des appareils militaires, logistique et de formation *étarras*. Depuis 2003, on assiste en France notamment à une désarticulation de plus en plus rapide des commandos, ce qui a mis la bande terroriste au plus bas. Cela n'a pas empêché l'ETA de perdurer et de se régénérer, même si la qualité du recrutement n'y est plus.

Son évolution est allée depuis l'abandon de la stratégie originelle, qui consistait à provoquer une insurrection populaire comme moyen pour parvenir à ses fins, à la conviction que cet objectif était utopique et donc inaccessible. Ce constat l'a amené à redevenir une nouvelle ligne idéologique, l'*Alternative* KAS[9] qui, bien que poursuivant les mêmes buts, reconnaissait l'impossibilité d'une victoire militaire sur l'Etat espagnol, ce qui l'obligeait à recourir au développement d'une nouvelle stratégie afin d'accentuer l'effet déstabilisateur de son action.

La nouvelle stratégie de l'ETA d'un abandon des attentats et d'une ouverture d'un dialogue politique se traduit par un éventail plus large d'activités. Elle passe par une mobilisation des divers secteurs favorables de la société basque au moyen de militants des différents collectifs qui appartiennent à sa mouvance, par un meilleur équilibre entre le politique et le militaire et par des actions continuelles de troubles à l'ordre public: la «*kale borroka*[10]»**.**

Les importants changements sociaux intervenus en Espagne au cours de ces dernières années ont fait prendre conscience à l'organisation terroriste qu'elle n'est pas représentative d'un secteur majoritaire d'*Euskadi*[11], même si elle se considère comme l'élément catalyseur et l'auteur de progrès obtenus, notamment l'octroi par la constitution espagnole de 1978 d'une très large autonomie au gouvernement régional basque. Le milieu traditionnel de sympa-

---

9 Comité patriotique socialiste.
10 «Violence de rue» en basque.
11 Pays basque

thisants maoïstes[12] qui a toujours soutenu l'ETA et qui connut dans le début des années quatre-vingt-dix une nette augmentation du fait des facteurs tels l'affaire des «GAL[13]» ou les scandales liés aux excès de la Garde civile au Pays Basque dans sa lutte antiterroriste, a diminué ces dernières années. Cet univers a fourni à l'ETA une main-d'œuvre zélée, capable de diffuser des mots d'ordre, de semer l'agitation, d'exercer des pressions; d'occuper le terrain pour le compte de l'ETA dans les localités basques et navarraises.

De fait, dans les derniers documents internes saisis à l'organisation terroriste, on peut constater que le plan d'auto-détermination des nationalistes basques modérées, comme le fameux plan *Ibarretxe*, n'est absolument pas pris en considération et est même écarté et déprécié. Ce projet auquel l'actuel chef du gouvernement régional basque, Juan José Ibarretxe, a donné son nom, prétend engager le pays basque dans un processus de sécession vis-à-vis de l'Espagne. Le premier pas serait la création d'une «*communauté librement associée*» à l'Etat espagnol, laquelle, dans la pratique serait déjà pratiquement indépendante du pouvoir central en matière exécutive, législative et judiciaire.

En revanche, le vol le 23 octobre dernier, de 341 armes de poings à Vauvert (Gard) par les indépendantistes basques[14] remet en cause le processus de paix entamé avec le gouvernement Zapatero depuis avril dernier.

III. LA COOPERATION JUDICIAIRE FRANCO-ESPAGNOLE

Conscients de cette menace, la France et l'Espagne ont, dès avant le 11 septembre 2001, développé leur champ de coopération bilatérale au terrorisme international. Les deux pays se sont engagés résolument sur ce chemin de la coopération entre les nations, dont la nécessité est aujourd'hui admise par la communauté internationale. Parmi les nombreuses actions s'inscrivant dans le cadre de cette collaboration bilatérale citons: le renforcement de l'arsenal juridique, la remise temporaire aux autorités espagnoles des membres ETA arrêtés sur le territoire français afin qu'ils soient interrogés en Espagne avant

---

12 La bande terroriste se meut dans la mouvance du dénommé «Mouvement national de libération basque» ('MNLV) qui répond à la maxime de Mao Tsé TOUNG «Le peuple est au guérillero ce que l'eau est au poisson».

13 Groupes antiterroristes (GAL) clandestins de la police espagnole mis en place par le gouvernement Gonzales pour combattre l'ETA dans les années quatre-vingt.

14 Entre janvier et octobre 2006 la police française a relevé le passage de 101 traces de passage de commandos de l'ETA dans 28 départements.

d'être jugés comme il se doit en France, la création d'équipes conjointes, ou encore la remise immédiate des documents interceptés auprès des terroristes. Il convient de préciser que cette coopération judiciaire franco-espagnole a été mise en œuvre dans le plus strict respect des droits des personnes détenues en raison de leur intervention présumée dans des activités terroristes.

La politique de fermeté qui a été celle des deux gouvernements Aznar (1996-2004) a été couronnée de succès sur le plan opérationnel en permettant une baisse notable des attentats de l'ETA ces dernières années, même si elle a eu un coût politique dans les relations entre Madrid et la communauté basque. Elle est d'abord passée par un renforcement de l'arsenal juridique.

La loi organique 7/2000 du 22 décembre 2000, modifie le code pénal espagnol en réglementant la responsabilité pénale des mineurs dans le cadre des infractions de terrorisme. Elle s'attaque à certains territoires de non-droit que constituaient certaines municipalités basques. Elle a constitué l'instrument le plus efficace pour mettre un terme à la «*kale borroka*» et faire cesser la violence quotidienne qui attentait contre des citoyens basques à vivre normalement.

La deuxième étape a consisté pour Monsieur Aznar à s'attaquer au parti indépendantiste *Herri Batasuna* (HB), vitrine légale de l'ETA accusé par Madrid de servir de couverture à la bande terroriste. La loi organique du 26 juin 2002 confirmée par le tribunal constitutionnel le 27 mars 2003, mettait officiellement hors la loi HB. L'union européenne et le procureur général des Etats-Unis soutenaient ce processus de mis hors la loi de HB en incluant cette formation politique dans la liste européenne des organisations terroristes.

Parallèlement à l'action du gouvernement espagnol, la France a toujours soutenu, inspiré et encouragé Madrid dans sa lutte contre le terrorisme de l'ETA. Il convient ainsi de rappeler que la France a dissous, dès 1987, *Iparretarrak* (organisation jumelle de l'ETA au Pays basque français). La loi du 1 janvier 1936 modifiée en 1972 et en 1986 accorde directement au pouvoir exécutif français la faculté de dissoudre un groupement politique prônant une idéologie raciste, discriminatoire ou violente. En vertu de cette loi, la France a procédé à la dissolution d'un nombre élevé de groupements d'extrême droite ou d'extrême gauche, de mouvements indépendantistes corses et de diverses organisations accusées de faire l'apologie du terrorisme.

Les tribunaux français, chargés de se prononcer sur les demandes d'extradition présentées par Madrid à la suite d'arrestations de membres de l'ETA en territoire français ont toujours rejeté les argumentations tendant à défendre le caractère politique des crimes commis par les *étarras*, pour ne les

considérer que comme des infractions de droit commun et donc susceptibles d'entraîner l'extradition de leurs auteurs.

Parmi les progrès récents de la coopération judiciaire, il convient d'évoquer le recours de plus en plus fréquent, à la procédure des remises temporaires prévu par la Convention européenne d'extradition de 1957 et réactivées lors des accords de 2001. Cette procédure prévoit de remettre provisoirement à l'Etat requérant une personne dont l'extradition a été accordée, mais dont la remise effective est retardée du fait d'affaires pénale en cours contre elle dans l'Etat requis. Cette remise permet d'éviter de retarder les jugements.

Par ailleurs, les ministres espagnols et français de la Justice et de l'Intérieur ont récemment décidé de **créer des commissariats communs**, des patrouilles mixtes et des équipes communes d'enquête afin d'accentuer en amont l'efficacité de la lutte contre l'ETA. Car l'échange d'informations, en amont des enquêtes, est absolument déterminant pour lutter efficacement contre le terrorisme.

Un groupe de travail franco-espagnol a fixé, dès 2002, des règles communes «*de bonnes pratiques*» que les ministères de la justice ont agréées-règles permettant, dans le respect des droits et de la confidentialité des enquêtes, d'améliorer l'échange des informations et leur services de police que de parquet à parquet ou dans le cadre des commissions rogatoires. Des réunions périodiques entre les procureurs français et espagnols spécialisés dans la lutte antiterroriste, auxquelles participent les magistrats de liaison à Paris et à Madrid, ont également été instituées.

Enfin, un dernier groupe de travail franco-espagnol régit les règles de fonctionnement **des équipes communes d'enquête**. Il permet aux services de police judiciaire des deux Etats d'agir directement sur le territoire de l'autre Etat. Il s'agit là, pour l'Espagne et la France d'être les premiers au sein de l'Union à avoir mis effectivement en œuvre, dès 2004, ce nouvel instrument dans le cadre de l'espace judiciaire européen.

Mais la police et la justice ne sont pas les seules administrations des deux pays mobilisés dans la lutte contre le terrorisme. Les autres ministères sont concernés et s'efforcent de prendre en compte cette dimension de la coopération bilatérale franco-espagnole. A titre d'exemple, le gel des avoirs financiers conjugué à des mesures structurelles visant à lutter contre les abus du système financier, apporte une contribution importante au démantèlement des filières du terrorisme.

Cette coopération bilatérale s'articule, en outre, avec l'action que l'Espagne et la France conduisent, au plan européen, ou une politique de lutte contre le

terrorisme est également mise en œuvre. Les Etats membres de l'Union européenne, qui coordonnent leurs efforts dans le cadre d'*Europol* et d'*Eurojust,* adoptent des mesures qui visent à améliorer la sécurité à l'intérieure de l'union comme à ses frontières extérieures.

IV. CONCLUSION

Bien qu'elle ait annoncé un «cessez le feu permanent», l'ETA se présente toujours comme une hydre sans cesse renaissante, grâce à une extrême faculté d'adaptation et aussi au fait qu'elle dispose du soutien direct ou indirect d'une partie non négligeable quoique très minoritaire, de la population basque. Il est révélateur à cet égard que vigueur dans les 25 Etats de l'Union le parti indépendantiste *Herri Batasuna*, qui était la vitrine légale de l'ETA avant sa mise hors la loi le 29 mars 2003, pouvait revendiquer il y a peine trois ans, 8 députés (au parlement régional), 63 maires et 890 conseillers municipaux.

En décembre 2000, le Parti populaire (PP) alors au pouvoir et le parti socialiste (PS) espagnol s'étaient mis d'accord sur un «pacte d'Etat» contre le terrorisme. Or l'actuel chef du gouvernement (PS), M. Rodríguez Zapatero, a amorcé un processus de paix avec l'ETA sans l'accord du PP. Le récent coup de main d'ETA ne remet-il pas en cause ce processus? C'est le nouveau défi auquel doit désormais répondre M. Zapatero.

Par ailleurs, la collaboration exemplaire entre les justices françaises et espagnoles devrait se poursuivre et a constitué l'une des principales sources d'inspiration de l'ambitieux projet de création d'un espace juridique européen unique, à l'origine de la mise en œuvre depuis plus de deux ans d'un processus accéléré d'harmonisation des politiques judiciaires et policières des Etats membres de l'Union européenne.

A ce sujet, il est important de souligner la création, à l'initiative de l'Espagne, du mandat d'arrêt européen, visant à éviter les lenteurs de la procédure d'extradition, qui est entré en vigueur dans les 25 Etats de l'Union en janvier 2004. Il s'agit d'un énorme progrès qui n'aurait pu se concrétiser si rapidement sans la coopération franco-espagnole dans la lutte contre le terrorisme de l'ETA.

Víctima de sus éxitos. Paradojas y contradicciones de la acción humanitaria en el mundo actual

Francisco Rey Marcos
Codirector de IECAH
Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria

La acción humanitaria vive, sin duda, una situación contradictoria en nuestro mundo. Ensalzada en ocasiones como expresión más clara de la solidaridad con los que sufren en las guerras o desastres de todo tipo, es denostada en otros casos como manifestación de simple asistencialismo, cuando no como mero instrumento de la política exterior de los Estados poderosos, o incluso como uno más de los intentos de manipulación neeocolonial por parte de Occidente. Preguntarse por el papel que las cuestiones humanitarias juegan en el mundo actual es algo que con frecuencia hacía Gonzalo Jar a quien van dedicadas estas líneas. Aprovecho pues la invitación que me hacen nuestros comunes amigos para plantear algunas reflexiones e ideas que me hubiera gustado compartir con él. Seguro que con su formación jurídica y actividad y rigor militar y con su galleguismo militante, habría discrepado y me habría contradicho muchas de ellas. Pero seguro que incluso en la discusión, habríamos pasado un rato estimulante, distendido y gratificante, desde muchos puntos de vista.

El ensayo es precisamente eso, un ensayo de carácter bastante libre y especulativo que, aunque basado en otras lecturas y trabajos anteriores, pretende expresar algunas de las perplejidades que pese a los muchos años de trabajo en el sector aún me inquietan. Y que me hubiera gustado compartir con Gonzalo.

II. EN BUSCA DEL HUMANITARISMO PERDIDO[1]

*«Chaque siècle a sa marotte; le nôtre, qui ne plaisante pas, a la marotte humanitaire». (*Sainte-Beuve)
(Cada siglo tiene su manía: el nuestro, que no se tome a broma, tiene la manía humanitaria)

Esta frase, escrita por el feroz crítico literario francés Sainte-Beuve, nos da algunas de las claves que pretendemos tratar en este artículo. Y fue escrita a mediados del siglo XIX. Desde aquella época, y desde la creación del propio término "humanitario" como derivado de humanidad bajo los efectos, aún, de la Revolución francesa, la potencia del mismo ha hecho que, desde muy diversas posiciones, se comenzara a adjetivar como humanitarias numerosas acciones que poco tenían que ver con el origen del mismo y con su contenido esencial. La manía por utilizar un término que parece conceder legitimidad y carácter bondadoso a aquello que adjetiva, se extendió rápidamente en el siglo XIX y de ahí la diatriba de Sainte-Beuve. Y mucho nos tememos que esta manía ha cobrado nuevos bríos desde finales del siglo XX y primera década del siglo XXI.

¿De dónde viene esta manía y esta obsesión por utilizar *ad nauseam* esta palabra? ¿De dónde este manoseo de un término que lo mismo se usa para adjetivar una rama del derecho, que una acción filantrópica, la invasión de un país o, incluso, el bombardeo de población civil, o el cerco a combatientes del bando enemigo? Que quede claro, desde el origen de la puesta en circulación de la palabreja, nadie parece ser neutral en el uso de la misma. Unos por considerar que, como el detergente milagroso, todo lo limpia, y otros por lo contrario, por pensar que equivale a mero asistencialismo caritativo. En cualquier caso, nadie la usa de modo neutral, cuando precisamente debiera ser éste uno de los elementos distintivos del término. ¿Es posible aclarar, más allá de las palabras, los elementos diferenciales del humanitarismo frente a otras formas de actuación solidaria o de la cooperación internacional? ¿Es posible recuperar las dimensiones esenciales que dieron lugar al surgimiento de una de las ideas más sugerentes en la historia?

Tras el surgimiento literario y la profusa utilización de la palabra en la primera mitad del siglo XIX, el término se incorpora con fuerza al ámbito internacional de la mano del derecho. En efecto, tras la batalla de Solferino en 1859 y el impacto que tuvo sobre el ginebrino Henri Dunant, la publicación de su libro "Un recuerdo de Solferino", provocaron un gran impacto en la opinión pública suiza de la época que se plasmó en la creación de lo que

---

[1] Tomado parcialmente del artículo del mismo título escrito por el autor para la Revista Sistema en abril de 2010.

podríamos llamar el primer actor humanitario, el actual Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en 1863, y la aprobación del I Convenio de Ginebra en 1864. Nacía así el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el término se incorporaba, volvemos a decirlo, de la mano del derecho, al ámbito de las relaciones internacionales. Evidentemente, el término, desde estos orígenes, ha sido utilizado con muy diversas acepciones en muy diversos contextos, y basta un garbeo por la propia literatura en lengua castellana para ver que diferentes autores lo emplean con muy diversas finalidades. Unas de carácter positivo y otras, menos. Pero desde la perspectiva de la actuación en situaciones de conflicto armado, el término se consolida de modo más claro para referirse a las acciones de asistencia y protección hacia las víctimas de estos. Y lo hace, ya desde su origen, para referirse no a cualquier actuación de ayuda, sino para designar a aquellas que intentan prevenir y aliviar el sufrimiento humano sobre la base de las necesidades de las víctimas y no de ningún otro criterio. La acción humanitaria define un gesto que no tiene otra finalidad que el ser humano. Por ello, consciente de que ningún Estado ni entidad política puede ceñirse a este interés, el DIH indica con precisión las diferencias entre las obligaciones y responsabilidades que afectan a los Estados (no lo olvidemos, sujetos firmantes de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales) y aquellas que incumben a las organizaciones humanitarias imparciales. Como ha defendido brillantemente Françoise Bouchet-Saulnier el DIH "ha clarificado las responsabilidades de las organizaciones humanitarias, ofreciéndoles así un marco de legitimidad cuando hacen uso de la palabra" (Bouchet-Saulnier, 2001). Y más aún, cuando tratan de ofrecer asistencia y protección humanitaria de modo neutral e independiente y al margen de los inevitables intereses políticos de los Estados. Pero como muy brevemente estamos indicando, ya desde los orígenes, los Estados han tenido alguna vinculación con el humanitarismo y a lo largo de las décadas han tratado de apropiarse, de instrumentalizar y, en ocasiones manipular, esta idea.

Esta vinculación, desde el origen, y estas responsabilidades de los Estados en materia humanitaria no se conocen suficientemente y así, asistimos con frecuencia a casos en los que potencias invasoras en muchos conflictos incumplen sus obligaciones emanadas del DIH o transmiten la idea de que de eso deben encargarse las ONG o las Naciones Unidas. El DIH es bastante claro al respecto y aborda las diferentes responsabilidades de unos y otros.

III. UNA EVOLUCIÓN PLAGADA DE DILEMAS

Las numerosas guerras y atrocidades cometidas a lo largo del siglo XX fueron marcando la evolución del humanitarismo y provocando nuevos debates entre los diversos actores. Así, la Guerra Fría puso a prueba las posibilidades de acción humanitaria neutral y alentó nuevas visiones del humanitarismo más comprometidas, que comenzaban a conceder mayor papel al testimonio y las acciones de incidencia política que podía llevar incluso a la denuncia pública. Nacieron así organizaciones como Médicos sin fronteras, OXFAM, Médicos del Mundo, Save the Children y otras muchas que, compartiendo muchas cuestiones con el humanitarismo tradicional y con la visión del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, discrepaban en otras, y proponían nuevos compromisos para la acción humanitaria. Muchos han llegado a hablar e incluso se acuñó el término de "nuevo humanitarismo" para referirse a este enfoque de objetivos más amplios del quehacer humanitario. Pero no fue hasta mediados de los años noventa, tras el fin de la Guerra Fría y tras el jarro de agua, también fría, que supusieron las tragedias de Ruanda, Yugoslavia o Somalia, cuando se plantearon con fuerza algunos de los dilemas que seguimos sin resolver al día de hoy.

En primer lugar, la necesidad de adaptación. El andamiaje jurídico, teórico y conceptual de la acción humanitaria ha evolucionado poco. Como se ha dicho en una conocida broma "siempre vamos con una guerra de retraso", pero no hemos sabido adaptarnos a las nuevas formas de violencia y a los nuevos tipos de demandas y necesidades que nos plantean las nuevas tipologías de desastres en el siglo XXI. Y cuando lo hemos hecho, lo hemos hecho de modo oportunista. ¿Qué quieren ustedes darnos más fondos porque no tienen ningún interés en actuar sobre las causas de la violencia y el sufrimiento en Bosnia, Darfur, Somalia, Palestina, Myanmar o Haití? estupendo. ¿Qué quieren convertirnos en la respuesta facilona para aparentar que la comunidad internacional hace algo en las actuales emergencias complejas?, ¿dónde hay que firmar? ¿Qué nos utilizan para lavar sus conciencias, o para esa autocomplacencia y esa banalización de la solidaridad tan del gusto de los medios de comunicación o las propias opiniones públicas en crisis como la de Haití o el tsunami asiático? fantástico, pero pasen ustedes primero por caja. Esa ha sido muchas veces nuestra adaptación.

Por otro lado, y desde la perspectiva puramente jurídica, los intentos de modernización y adaptación del DIH desde la aprobación de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra en 1997 no han resultado exitosos y, evidentemente, las nuevas tipologías de conflictos y las muchas lagunas

interpretativas que aún subsisten, tal vez, hubieran necesitado de alguna actualización.

En segundo lugar, la arquitectura del sistema internacional para hacer frente a conflictos y desastres de todo tipo. La irrupción de la ONU en el ámbito humanitario en 1991 mediante la Resolución 46/182, en la que se autootorgaba las funciones de coordinación y liderazgo de la respuesta humanitaria global, ha tenido un impacto que aún no hemos sabido valorar suficientemente. Nadie niega la legitimidad del organismo multilateral por excelencia para estar presente en éste como en cualquier otro sector. Pero ese protagonismo de las instituciones públicas que continúa con la creación de ECHO (Dirección General de Ayuda Humanitaria de la Comisión Europea), o el auge de las cuestiones humanitarias en los países donantes de ayuda al desarrollo y sus tomas de posición en declaraciones como la Buena Donación Humanitaria, han contribuido *de facto* a la instrumentalización de la ayuda y a su utilización como uno más de los instrumentos en la gestión de crisis, haciéndole, en ocasiones, perder su carácter y los principios y valores que dice respetar. Qué no decir de la creciente utilización de medios militares para las tareas de socorro, y la confusión entre las actividades de cooperación cívico militar o encaminadas a "ganar los corazones y las mentes" en escenarios de conflicto, con la auténtica actuación humanitaria. Y en esta alusión a los aspectos institucionales es inevitable referirse al menosprecio que aún se tiene por los actores locales y por las instituciones de los países afectados por desastres o conflictos. Ellos, al parecer, no forman parte del sistema.

Por último, la relación con otros sectores y ámbitos de actuación. La solución a los dilemas planteados más arriba no es el autismo. No compartimos el llamado "back to the basics" que surge como reacción al nuevo humanitarismo antes mencionado. Se trata, precisamente, de lo contrario. Abrirse a la cooperación con las organizaciones de desarrollo, de derechos humanos, de construcción de la paz, de género,... pero no de cualquier manera, sino recuperando, eso sí, la preocupación esencial en el ser humano, su dignidad y sus derechos en tiempos de conflicto o crisis. Redescubriendo el impulso y los valores que dieron lugar al humanitarismo. Ese es, desde nuestro punto de vista, el reto.

IV. LA ACCIÓN HUMANITARIA EN SU CONTEXTO

Motivado por el aumento y creciente complejidad de los conflictos o por el agravamiento de muchos de los llamados desastres naturales, es un hecho que

durante los años noventa del pasado siglo se produjo un enorme incremento de la acción humanitaria como respuesta, insuficiente pero necesaria, a estas situaciones. Al mismo tiempo, junto a este aumento de la actividad humanitaria, hubo un cierto desarrollo del derecho aplicable a estas situaciones y un cierto rejuvenecimiento del interés por el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Las razones profundas de ambos fenómenos son complejas y, como analiza Adam Roberts (Roberts, 1999), a veces contradictorias entre sí. El fin de la Guerra Fría trajo consigo la aparición de nuevas tipologías de conflictos y de situaciones que se han dado en llamar «emergencias complejas», a las que la comunidad internacional se enfrenta casi siempre de modo reactivo y en muy pocas ocasiones preventivo. El liberalismo triunfó pero no ha tenido respuestas para hacer frente a los conflictos armados internos en Estados frágiles. El humanitarismo, considera Roberts, «emerge como una respuesta, cuando no como una sustitución o un suplemento a la ideología liberal y democrática. Pese a ofrecer una respuesta a las crisis, es difícil saber hacia dónde se dirige ese humanitarismo ante la realidad de lo difícil que es la reconciliación posbélica en conflictos con raíces étnicas o religiosas».

Al mismo tiempo, otros factores como el creciente papel de los medios de comunicación en las opiniones públicas y los gobiernos, el interés de los Estados de buscar un «mínimo común denominador» para sus respuestas (que es en muchos casos la ayuda humanitaria), la dejación de sus responsabilidades respecto del derecho internacional, la mayor «visibilidad» de la acción humanitaria frente a otras acciones como la cooperación para el desarrollo, entre otras razones, han ido configurando un panorama en el que la acción humanitaria ha ido consolidándose en la escena internacional.

Una de las constataciones que nos interesa destacar es el aumento de los fondos dedicados a ayuda humanitaria por los Estados donantes y los donantes multilaterales en unos momentos en los que el conjunto de la AOD (ayuda oficial al desarrollo) estaba en disminución. Si en el bienio 1985-86 la ayuda humanitaria suponía el 1,9% del total de la AOD, diez años después, en el periodo 1994-96, la asistencia humanitaria absorbió cerca del 5,4% del total de la AOD mundial, llegando al 10% a principios de 2000 y a poco más del 12% al final de la década. En algunos países del Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD) de la OCDE, como en Austria, Suecia y Noruega, esta tendencia ha sido aún más pronunciada, llegando a ser la ayuda humanitaria más del 20% del total de la AOD.

En cualquier caso, la AH se ha convertido en un instrumento de uso creciente en las relaciones internacionales, lo que plantea nuevos problemas a

las organizaciones humanitarias que se ven cada vez más condicionadas en su labor por consideraciones de tipo político, geoestratégico o directamente militar.

En este contexto es preocupante el creciente uso que se hace de lo humanitario, de un cierto discurso humanitario diríamos, como instrumento específico de política exterior y de la politización creciente de la acción humanitaria. Esta se convierte en una herramienta más dentro de la panoplia de instrumentos con los que cuenta la comunidad internacional para enfrentarse a las crisis y pierde la especificidad de su mandato y sus objetivos.

La situación es, cuando menos, paradójica: en las crisis donde el interés de la comunidad internacional es grande (Kosovo) lo humanitario se utiliza instrumentalmente al servicio de la política y esto se justifica en aras de la «coherencia» con la que los diversos instrumentos deben actuar dentro de un marco integral de respuesta. En los casos en que no existe ese interés (Chechenia, por ejemplo) lo humanitario se convierte en la única respuesta y se generan expectativas sobre el papel que puede desempeñar. En ambos casos se pone lo humanitario al servicio de la política (la aparente ausencia de política como en Chechenia es también muy política) y, *de facto*, se condicionan sus efectos y su impacto. Como se ha dicho parafraseando a Clausewitz, «lo humanitario no puede convertirse en la continuación de la política por otros medios o en su sustitución, pero mucho menos en la continuación de la guerra por otros medios» (Rey, 1997).

De todas formas, la búsqueda de una adecuada relación entre acción humanitaria y acción política en la búsqueda de soluciones duraderas a los conflictos es un tema sobre el que debería avanzarse, evitando la subordinación de lo humanitario a lo político.

Todo ello hace que este «auge» del que estamos hablando deba ser visto con mucha prudencia ya que, a nuestro juicio, contiene muchos elementos positivos, pero también factores muy preocupantes que hace que algunos se cuestionen la existencia de una acción humanitaria independiente en las próximas décadas.

Agrupando sintéticamente algunas razones que explicarían y en ocasiones justificarían este crecimiento y popularización de lo humanitario tendríamos:

- Aumento del número de desastres y de su impacto sobre las poblaciones vulnerables**.** No nos detenemos en dar datos muy conocidos sobre el aumento de desastres ligados al calentamiento climático y la mala gestión de recursos naturales que se han multiplicado en los últimos años. En

el periodo entre 1999 y 2003 se produjeron 59.000 muertos por año, a los que se suman afectados materiales, físicos o psicológicos. El número de los afectados es muy superior al de las víctimas fatales: 303 millones por año para el periodo 1996-2000 (véanse los Informes Mundiales de Desastres de la Federación Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (IFRC, 2010).

- Cambios en la tipología de los conflictos violentos y persistencia de «emergencias complejas».
- Aumento de la conciencia ciudadana y la solidaridad.
- Apoyo público a estas cuestiones expresado en unas cifras récord de captación de fondos provenientes de los ciudadanos tras desastres naturales.
- Mayor «visibilidad» de las cuestiones humanitarias en relación a la cooperación para el desarrollo.
- «Cansancio» de las políticas de cooperación al desarrollo y búsqueda, por tanto, de acciones que proporcionen un resultado (*feed-back)* inmediato.
- Creciente interés de los gobiernos en las cuestiones humanitarias. Unido a eso, mayor utilización de la AH como un instrumento más de respuesta a las crisis.
- Utilización de la AH como una especie de «mínimo común denominador» en la respuesta internacional a las crisis.
- Uso directamente político de la AH. Un factor especialmente preocupante para las organizaciones humanitarias está siendo el uso de actuaciones pretendidamente humanitarias en el contexto de la mal llamada "guerra contra el terror" que ha aumentado la confusión.

Como vemos, hay razones de todo tipo y unas podrían considerarse como positivas y otras como algo más problemático. En cualquier caso, se plantean muchas paradojas que es preciso reconocer y tratar de resolver, recuperando, como dijimos al inicio, los valores esenciales del que algunos han llamado la "empresa humanitaria" (*humanitarian enterprise*)

V. BIBLIOGRAFÍA

BOUCHET SAULNIER, Francoise. (2001): *Diccionario Práctico de Derecho Humanitario*. Médicos sin Fronteras, Editorial Península

International Federation of the Red Cross and the Red Crescent (2010), *World Disasters Report 2009*, Ginebra.

REY MARCOS, Francisco. (1997): "La ayuda humanitaria en 1996; visiones y realidades desde la Unión Europea", en *Anuario CIP 1997*, Icaria, Madrid.

REY MARCOS, Francisco, DE CURREA-LUGO, Víctor (2002): *El Debate humanitario,* Icaria, Madrid

ROBERTS, Adam (1997): "El uso de las fuerzas de mantenimiento de la paz de UN con fines humanitarios", *RPN* nº 23, enero-abril 1997, Editado en castellano por HEGOA, Universidad del País vasco, Bilbao.

ROBERTS, Adam. (1999): "El papel de las cuestiones humanitarias en la política internacional en los años noventa", en Unidad de Estudios Humanitarios, *Los Retos de la acción humanitaria*, Icaria, Barcelona.

La determinación del régimen jurídico aplicable a la protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones internas

Milena Costas Trascasas
Personal Investigador Contratado de la Universidad Jaume I de Castellón

Mis primeras palabras van para mi amigo y compañero Gonzalo Jar. A él dedico con mucho cariño este artículo basado en mi tesis doctoral, y a cuya presentación Gonzalo no faltó. El espíritu humanitario de Gonzalo, su vitalidad ante la adversidad y su empeño por mejorar las cosas sin perder la sonrisa, representan para mí un ejemplo a seguir.

Quisiera contribuir a este homenaje con el estudio de las situaciones conocidas en la "jerga humanitaria" como "disturbios y tensiones internas", y que también suelen englobarse dentro del concepto más amplio de "violencia interna"[1]. Sin contar con la referencia a este tipo de contextos en los informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a personas y bienes extranjeros[2], estas

---

1 Esta es la terminología que el propio CICR viene empleando desde hace unos años; V. http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/section_ihl_internal_violence?OpenDocument.

2 Las situaciones de disturbios y tensiones interiores y su relación con la responsabilidad internacional del Estado han estado presentes en distinta medida en las diversas fases de la labor codificadora que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha seguido en esta materia durante más de cuarenta años bajo la dirección de los cinco Relatores Especiales nombrados a tales efectos. En los sucesivos informes de la CDI (especialmente los elaborados por García Amador en la primera fase (1955-1961), se recoge la doctrina establecida

situaciones adquieren un peso jurídico específico en el ámbito del Derecho internacional a partir de 1949, gracias a su mención en el comentario al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra[3] y, más tarde, como consecuencia de su mención artículo 1 (2) del Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Dicho artículo marcaba un límite claro al ámbito de aplicación de la nueva regulación del que quedaban excluidas estas situaciones al establecer que: "El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de *tensiones internas y de disturbios interiores*, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados"[4].

La exclusión del régimen de las normas humanitarias de esta categoría de situaciones que no alcanzan el umbral del conflicto armado, responde a la idea de que es el ordenamiento jurídico interno del Estado en cuestión y no el Derecho internacional el que debe regular la acción del Estado en tales circunstancias. Sin duda alguna, subyacente a esta idea se encuentra el principio

---

consistentemente por tribunales y comisiones arbitrales especialmente orientativa para determinar el contenido del "deber de diligencia debida" del Estado ante las situaciones de violencia interna y de insurrección civil. Sobre esta cuestión, ver nuestro estudio: *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 268-275.

3 J. Pictet (Dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volumen IV - La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire*, CICR, Ginebra, 1956 (en adelante, Comentario IV Convenio), p. 41. Tras declarar que estas situaciones no están cubiertas por esta disposición, el Comentario preguntaba: ¿Quiere esto decir que si estallan disturbios armados en un país, pero no cumplen de hecho ninguna de las condiciones mencionadas —no obligatorias y citadas a título indicativo— no es aplicable el artículo 3? Al contrario, el Comentario afirma que este artículo debe tener un ámbito de aplicación tan vasto como sea posible: "De ello no puede surgir inconveniente alguno, pues, al fin y al cabo, es muy reducido y, contrariamente a lo que se ha podido pensar, no limita en nada el derecho de represión del Estado, ni proporciona ningún aumento de poder al partido rebelde. ¿Qué pide este artículo si no es el respeto de algunas normas que, mucho antes de que el Convenio fuese firmado, se reconocían como esenciales en todos los países civilizados y estaban ya prescritas por las leyes internas de esos Estados? ¿Qué Gobierno se atrevería a pretender ante el mundo —en caso de disturbios internos que él calificara, con justo motivo, de simples actos de bandidaje— que, dado que el artículo 3 no es aplicable, él tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones y a tomar rehenes?".

4 La misma exclusión se reitera con escasas variantes en otros instrumentos internacionales como el *Protocolo de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996* (Art. 1.1), o el *Protocolo II relativo a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999* (Art. 22.2) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 2000 [art. 8.2 (f)].

de no injerencia en los asuntos internos del Estado que, todavía hoy, constituye un límite importante para la evolución y el desarrollo de las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional. En el artículo 3 (1) del Protocolo Adicional II encontramos nuevamente la huella evidente del mencionado principio allí donde se dice que: "No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos".

No obstante estas normas y principios internacionales, lo cierto es que tanto la doctrina internacionalista como los propios órganos de aplicación del derecho internacional han mantenido un interés sostenido por la determinación del régimen jurídico que resulta aplicable a estas situaciones. No cabe duda de que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en aras de mejorar la protección humanitaria de las víctimas de estas situaciones (en particular de los detenidos políticos), históricamente ha impulsado el desarrollo de un marco jurídico a partir del cual garantizar una protección humanitaria mínima a las víctimas de estas situaciones y, por ende, su "facultad" para ofrecer al gobierno en cuestión sus servicios humanitarios.

Desde la doctrina, ha sido Theodor Meron el principal responsable de que se extendiera entre los estudiosos la idea de que estas situaciones de violencia interna se hallaban en una zona gris o de desprotección jurídica, donde la fractura existente entre las normas humanitarias y las del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), colocan a las personas en una especie de "limbo jurídico"[5]. La laguna normativa detectada en los casos de disturbios y tensiones internas se produce porque tales situaciones no alcanzan el umbral del conflicto armado y, por tanto no están cubiertas por el Derecho internacional humanitario (DIH), pero tampoco aparecen reguladas satisfactoriamente por las normas de derechos humanos, debido a la posibilidad de que los gobiernos suspendan algunos de los derechos fundamentales de la persona recurriendo a la proclamación del estado de excepción. Según el citado autor, la confluencia de estas dos circunstancias sitúa a la violencia interna en una

---

[5] T. Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", *American Journal of International Law*, Vol. 77, nº 3, 1983, pp. 589-606; T. Meron, "Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife", *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, pp. 859-868. *Human Rights in internal strife: Their international protection*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987; "Proyecto de Declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones interiores", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 85, 1988, pp. 61-79.

zona de indeterminación jurídica, a caballo entre las normas que se aplican a la guerra y las que regulan la paz. El fundamento de esta tesis convenció a los expertos de derechos humanos que, con el ánimo de ofrecer una mínima protección jurídica a estas personas, se sirvieron de la ya desaparecida Comisión de Derechos Humanos como plataforma para proponer en 1995 una "Declaración de Normas Humanitarias Mínimas".

Tampoco los tribunales internacionales han desaprovechado las ocasiones que han tenido para poner de relieve las dificultades que plantea establecer la línea divisoria entre los conflictos armados internos de baja intensidad regulados por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y los disturbios y tensiones interiores[6].

Pues bien, a la vista de estas consideraciones preliminares, el objetivo principal de nuestro trabajo es el de determinar si, al día de hoy, podemos dar por concluido el debate sobre el régimen jurídico internacional aplicable a los casos de violencia interna.

II. ALGUNOS EJEMPLOS DE ESTAS SITUACIONES

Según el informe que publica anualmente la "Escola de Cultura de Pau" de Barcelona, en la actualidad se registra en el mundo unos 76 escenarios de disturbios, tensión y disputas de alto riesgo[7]. El estudio del mapa del mundo nos indica que ninguna región se escapa a este tipo de situaciones, si bien, dado el carácter endémico que los caracteriza, estos contextos suelen ser más frecuentes en los continentes americano y africano. Generalmente son los problemas de gobernabilidad o las alteraciones del funcionamiento ordinario de las instituciones estatales (a causa de golpes de Estado o por la declaración del estado de excepción) los que provocan de manera esporádica estos movimientos sociales de carácter violento. En otros casos, la violencia se mantiene

6 La principal jurisprudencia relativa a estas situaciones y en la que los diversos órganos internacionales de derechos humanos han tenido que calificar los hechos a efectos de determinar el derecho aplicable se encuentra en el caso "La Tablada" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 55/98, Caso nº 11.137, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, de 18 de noviembre de 1997); la sentencia del Tribunal Europeo en el caso *Isayeva, Yusupoca, Bazayeva, c. Rusia* (Applications nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Sentencia de 6 de julio de 2005) y en el caso del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia el *Fiscal c. Ramush Haradinaj* (Case nº IT-04-84-T, Sentencia de 3 de abril de 2008).

7 V. *Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*. Ed. Icaria, Barcelona 2009. http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/alerta/10/cap02e.pdf.

en un estado latente como consecuencia de diversos factores (como la polarización social o política, los enfrentamientos entre grupos políticos, étnicos o religiosos o entre éstos y el Estado, etc.), que representan permanentemente una amenaza a la estabilidad del país.

Dado que los fenómenos que se incluyen dentro de este concepto son muy distintos y variados, conviene aclarar mediante algunos ejemplos a qué tipo de situaciones nos estamos refiriendo. Se considera que la noción de "disturbios interiores" engloba diversos contextos (reuniones, concentraciones, manifestaciones reivindicativas, huelgas de ámbito nacional, algunos motines, golpes de Estado y otros fenómenos similares), dentro de los cuales se producen diversas acciones de carácter violento.

Aunque en algunos casos los disturbios pueden alcanzar cierto nivel de organización, lo cierto es que en estas situaciones no es posible identificar a una persona responsable de la violencia y que sea a la vez capaz de controlar los actos que la provocan. Más bien al contrario, los disturbios suelen enfrentar a individuos o grupos de manifestantes que actúan con escasa o sin la más mínima organización y que se oponen a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado llamadas a intervenir para restablecer el orden público. No cabe duda de que cuando las fuerzas policiales deciden recurrir al empleo de la fuerza para controlar la violencia, se intensifica el riesgo de que los enfrentamientos se hagan aún más violentos, incrementándose de este modo el número de víctimas. De hecho, el recurso manifiestamente desproporcionado e innecesario a la fuerza por parte de las autoridades en el curso de manifestaciones estudiantiles multitudinarias o disturbios antigubernamentales, ha provocado episodios trágicos de gran repercusión mediática, como los sucesos de la plaza de Tiananmen, en 1989, o la campaña de violencia y violaciones protagonizada por el ejército y las milicias indonesias tras el referéndum de independencia de Timor Oriental, en 1999, o, por fin, la dura represión que la Junta Militar está llevando a cabo en los últimos años contra los monjes budistas en Myanmar.

Los disturbios violentos que afectan a Túnez desde el mes de diciembre y que se han radicalizado en los últimos días, constituye quizás el ejemplo más claro y actual de las situaciones a las que nos venimos refiriendo. Las manifestaciones masivas a favor de la apertura democrática del país han conducido a la violencia y al enfrentamiento directo entre la población y las fuerzas policiales y a la proliferación de motines en las cárceles así como de acciones de saqueo y bandidaje, provocando decenas de víctimas. Mientras el gobierno ha declarado el estado de excepción con el objetivo de dar a las fuerzas del orden medios de acción suplementarios para afrontar las manifestaciones antigu-

bernamentales, en el momento de escribir este artículo, resulta incierto cuál será el desenlace de este nuevo episodio de convulsión interna[8].

Aunque ya no se mantenga la distinción jurídica entre ambos supuestos, tradicionalmente, los disturbios interiores se han distinguido de los casos de "tensión interna". De acuerdo con la definición que el CICR maneja desde 1971 a efectos operacionales, las tensiones se diferencian de los disturbios porque —aunque exista en la sociedad un ambiente de tensión o de violencia latente— las autoridades en ningún momento pierden el control de los acontecimientos. No se producen, por tanto, enfrentamientos de carácter violento. Entre los ejemplos de estas situaciones se suele citar la llamada "guerra sucia" llevada a cabo por muchos gobiernos autoritarios del continente americano contra los opositores políticos en las décadas de los años 60-80. Sobre la base de la "doctrina de la seguridad nacional" llevada a sus máximas consecuencias mediante la legislación de excepción, el Estado fue utilizado en estos países como un instrumento para instaurar regímenes violatorios de los derechos humanos. Como es sabido, estas situaciones se caracterizaron por el clima de tensión que se derivaba de las políticas gubernamentales dirigidas a la represión generalizada de los derechos humanos de la población y el exterminio sistemático de la oposición política. Mediante la implantación de un perverso engranaje jurídico donde las normas de excepción reemplazan al orden constitucional y legal ordinario, se creó lo que se ha denominado un "modelo institucional y jurídico de estado de excepción como paradigma de la subversión del Estado de Derecho"[9.]

III. PRINCIPALES VIOLACIONES QUE SE PRODUCEN EN EL CURSO DE ESTAS SITUACIONES: LA ACCIÓN DEL CICR

Debido a que se encuentran en la frontera del conflicto armado, en los casos de violencia interna, el riesgo que se debe evitar es que el gobierno afec-

---

8 V. "Túnez da los primeros pasos hacia la transición entre motines y saqueos", *El País*, Domingo 16 de enero de 2011.

9 V. Abellán Honrubia, "La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional por el Consejo de Seguridad d las Naciones Unidas: fundamento jurídico y discrecionalidad política". *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 54. V. INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *States of Emergency. Their Impact on Human Rights*, Ginebra, 1983.

tado se deslice hacia el uso desproporcionado de la fuerza para su represión. De hecho, la práctica demuestra que estos episodios de desorden público o de manifestación colectiva suelen afrontarse de manera más bien contundente. Al empleo de numerosos efectivos policiales, e incluso militares, se suele añadir la promulgación de medidas legislativas de carácter extraordinario que, en caso de perpetuarse en el tiempo de manera injustificada, pueden llegar incluso a alterar el funcionamiento normal de las instituciones del Estado de Derecho, tal y como hemos visto. Por tanto, resulta evidente que, a falta de mecanismos adecuados de control, estas circunstancias pueden fácilmente degenerar en un cuadro de violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos sin que las víctimas dispongan de mecanismos jurídicos adecuados para su defensa.

Entre las violaciones que más comúnmente se producen en el marco de las situaciones de violencia interna cabe citar la privación arbitraria de la vida por el uso desproporcionado de la fuerza y empleo de medios indiscriminados, la práctica de la tortura, las detenciones arbitrarias de los opositores políticos por largos períodos de tiempo y la violación de las garantías judiciales que protegen tanto a las personas detenidas como a las formalmente acusadas de atentar contra la seguridad nacional. Precisamente, el respeto de dichas garantías resulta particularmente importante en este tipo de situaciones que, como sabemos, son especialmente propicias para las detenciones de carácter administrativo o el encarcelamiento masivo de las personas que el gobierno pueda considerar como peligrosas para el orden público o la seguridad del Estado. Los órganos internacionales encargados de velar por la protección y el respeto de los derechos humanos insisten sobre la importancia de que se mantengan intactas al menos aquellas garantías que se consideran indispensables para la tutela de los derechos que bajo ninguna circunstancia son susceptibles de derogación (los recursos de *hábeas corpus* y de amparo), así como los límites a la detención en régimen de *incomunicado*[10]. También se han establecido límites a la creación de tribunales especiales y a la posibilidad de extender la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de

---

10 V. Corte Interamericana de derechos humanos en dos Opiniones consultivas: *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (OC-8/87, del 30 de enero de 1987) y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (*OC-9/87 del 6 de octubre de 1987), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Observación General n° 32 (artículo 14), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Lawless*, Demanda N° 332/57, G. R. *Lawless c/ Irlanda*, Informe de la Comisión de 19 de diciembre de 1959, TEDH, Serie B, 1960-1961).

civiles por delitos cometidos en estas circunstancias[11]. Existen, por fin, otros derechos y libertades como el ejercicio pacífico de la libertad de expresión, de información o la libertad de reunión y de asociación, que aún siendo en principio susceptibles de restricción en su ejercicio por motivos de "seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas", a menudo se ven limitados —e incluso suspendidos— ilegítima o desproporcionadamente con motivo de los disturbios[12].

A la vista del cuadro de violaciones, la doctrina se ha preguntado si resulta suficiente la protección y los recursos que el Derecho internacional pone a disposición del individuo. No es por casualidad que se diga que las víctimas de estas situaciones se encuentran en una especie de "limbo jurídico", en una "zona gris" o de "desprotección"[13]. Sin duda, estos calificativos responden a las dificultades que se presentan en la práctica para calificar los hechos y determinar las normas que resultan aplicables, especialmente teniendo en cuenta que no existe un texto internacional en el que se concreten los límites a la acción gubernamental en estas circunstancias ni el marco dentro del cual debe producirse la intervención de los organismos humanitarios, en particular, del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Prácticamente desde sus orígenes este organismo humanitario ha venido ofreciendo sus servicios humanitarios a los gobiernos en los casos de disturbios[14]. Por razones operativas, en 1971 desarrolló una definición de las situa-

---

11 V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Ser. C, nº 52), par. 128. Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 32 (Art. 14), UN. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 agosto 2007, par. 22.

12 V. Por ejemplo los art. 19, 21, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Sobre esta cuestión ver en particular, I. VIARENGO, Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia", *Rivista di Diritto Internazionale*, 2005, pp. 955-966.

13 V. A. EIDE, A. ROSAS, T. MERON, "Combating Lawlessness in Grey Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards", *American Journal of International Law,* Vol. 89, nº 1, 1995, pp. 215-223; P. H. KOOIJMANS, "In the Shadowland Between Civil War and Civil Strife: Some Reflections on the Standard-Setting Process in Humanitarian Law of Armed Conflict", *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Astrid J. M. Delissen y Gerald J. Tanja (eds.). Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 225-247.

14 Artículo 5 de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de 1986 y artículo 4 d) de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja del 24 de junio de 1998.

ciones de "disturbios interiores"[15] y de "tensiones internas"[16] que todavía hoy constituye la noción más autorizada y referenciada. Por lo general, su acción en tales circunstancias se concreta en la prestación de asistencia humanitaria y la protección de las personas afectadas, siendo especialmente representativas las visitas que realiza a las víctimas de los disturbios que son detenidas a causa de estos acontecimientos (los "detenidos políticos")[17]. A pesar de ello,

---

15 Los *disturbios interiores* se definen de la siguiente manera: "Se trata de situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe, sin embargo, a nivel interior, un afrontamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden revestir formas variables, que van desde la generación espontánea de actos de sublevamiento hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en la lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a vastas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias". CICR. "Actividades de protección y de asistencia del CICR en las situaciones que no abarca el derecho humanitario", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 55, 1988.

16 En cuanto a las situaciones de *tensiones internas* que pueden estar originadas por diversas causas (políticas, religiosas, raciales, sociales o económicas), o, bien ser la secuela de conflictos armados o de disturbios interiores, según la definición, "presentan una u otras de las siguientes características cuando no todas a la vez: "1) arrestos masivos; 2) elevado número de personas detenidas por razón de seguridad; 3) detención administrativa, sobre todo para largos períodos; 4) probable existencia de malos tratos, de tortura o de condiciones materiales o psicológicas de detención que pueden atentar gravemente contra la integridad física, mental o moral de los detenidos; 5) mantenimiento de detenidos incomunicados durante largos períodos; 6) medidas de represión para con los miembros de la familia o los allegados de las personas privadas de libertad arriba mencionadas; 7) suspensión de las garantías judiciales fundamentales sea por haberse decretado el estado de excepción, sea debido a una situación de hecho; 8) instauración, en gran escala, de medidas restrictivas de la libertad; 9) alegaciones de desapariciones forzadas; 10) multiplicación de actos de violencia que ponen en peligro a personas indefensas (tales como el secuestro y la toma de rehenes) o propagan el terror en la población civil". *Ibid.*

17 Para una reseña histórica de la acción desplegada por el CICR en estas circunstancias, V. J. MOREILLON, *Le Comité International de la CroixRouge et la Protection des détenues politiques*, Ginebra, 1973, Lausanne, L'Age d'homme, 303 pp.; M. HARROFF-TAVEL, "La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* n° 801, mayo-junio 1993, pp. 211-237.

conviene tener presente que la acción de este organismo en las situaciones de disturbios interiores carece de una base jurídica internacional similar a la que autoriza su acción en los conflictos armados[18]. A falta de esta norma internacional que habilite su intervención, la acción del CICR en los casos "extraconvencionales" (esto es, no previstos por los tratados de DIH), se encuentra constreñida al consentimiento por parte del gobierno del país, puesto que el llamado "derecho de iniciativa humanitaria" no obliga en modo alguno a las autoridades a aceptar su oferta de servicios.

El CICR ha convocado en diversas ocasiones Conferencias de Expertos con la finalidad de dotarse de una base jurídica sobre la que sustentar su acción y aclarar las dudas que surgen en torno a las normas que resultan aplicables a las situaciones de violencia interna[19]. Sin embargo, el empeño demostrado por este organismo por impulsar un tratamiento internacional de estas situaciones se ha visto frustrado por la oposición demostrada por los Estados a regular internacionalmente lo que persisten en considerar un asunto interno que afecta al orden público y la seguridad nacional[20]. Resulta en este sentido ilustrativo que la Conferencia de Expertos Gubernamentales convocada por el CICR en 1971 rechazara el proyecto de "Declaración de Derechos Fundamentales de la persona en período de disturbios o de peligro público"[21].

---

18 Recordemos que el art. 3 común a los Convenios de 1949 haciendo referencia a los conflictos armados sin carácter internacional indica que: "Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto". V. Y. SANDOZ, "Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-Rouge", *German Yearbook of International Law,* Vol. 22, 1979, pp. 352-373.

19 *Comisión de Expertos para el examen del problema de la asistencia a los detenidos políticos* (1953); *Comisión de Expertos encargada de examinar la aplicación de los principios humanitarios en casos de disturbios interiores* (1955); *Comisión de expertos encargada de examinar el problema de la asistencia a las víctimas de los conflictos internos (*1962).

20 En la *Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* (Ginebra, 2-6 de diciembre de 2003) algunos delegados gubernamentales volvieron a hacer hincapié en esta idea que encontró su traducción en el texto final del "Programa de Acción", donde la referencia a las situaciones de disturbios y tensiones internas que contenía el proyecto del CICR fue eliminada a instancia de los representantes gubernamentales y sustituida por la expresión más limitada en su aplicación de "violencia armada".

21 V. *Proyecto de Declaración de los derechos fundamentales de la persona humana en período de disturbios interiores o de peligro público*. Conferencia de Expertos Gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, Ginebra, 24 de mayo-12 de junio de 1971. Documentación presentada por el CICR, Volumen V: Protección para las víctimas de los conflictos armados que no son internacionales, Ginebra, enero de 1971, pp. 87-88.

IV. ELEMENTOS QUE DISTINGUEN LOS DISTURBIOS DEL CONFLICTO ARMADO: EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN

La importancia de concretar dónde se sitúa la línea que separa los disturbios del conflicto armado, reside en el hecho de que de esta calificación dependerá el régimen jurídico internacional aplicable a los hechos en cuestión. La previa determinación del contexto concreto en el que actúa un gobierno es algo decisivo para enmarcar los límites dentro de los que debe constreñirse su acción y, consecuentemente, para atribuir al Estado la responsabilidad que le pueda corresponder por las violaciones cometidas en el curso de estas circunstancias. A pesar de la importancia que adquiere la calificación en este contexto, el DIH no establece ningún órgano encargado de determinar si unos hechos reúnen o no las condiciones de aplicabilidad de sus normas, en particular, las que regulan el conflicto armado de umbral más bajo definido por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949[22]. Como señala A. Mangas Martín, el problema de la calificación constituye, hoy por hoy, el punto más débil de todo el sistema y el principal obstáculo para la efectiva aplicación de las normas relativas a los conflictos armados, puesto que favorece el rechazo de las partes implicadas en el conflicto a aplicar el DIH en situaciones donde claramente deberían aplicarse[23]. Efectivamente, con frecuencia los gobiernos so pretexto de que se trata de simples operaciones de policía o calificando a los miembros de los grupos armados opuestos como delincuentes comunes o terroristas, se niegan a reconocer que los actos de violencia han alcanzado el umbral del conflicto armado, para así eludir la aplicación de las normas humanitarias, por mínimas que sean.

Debido a las dificultades que se plantean a la hora de definir de manera precisa las diversas situaciones que encajan dentro de la noción de disturbios y tensiones interiores, se ha tratado de definir sus contornos a partir

---

[22] Esta disposición, se considera un código humanitario en miniatura, enuncia unas obligaciones mínimas que deben ser respetadas por las partes que participan en los conflictos armados sin carácter internacional a los que resulta aplicable. A tales efectos, quedan prohibidos: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

[23] A. MANGAS MARTÍN, *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Ed. Universidad de Salamanca, 1992, p. 60.

de lo que no son, esto es, identificando los elementos que las distinguen del "conflicto armado sin carácter internacional"[24]. Así, a partir de la definición de los conflictos armados internos a los que se aplica el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, se han identificado dos elementos cuyo examen resulta relevante a la hora de calificar una situación: la intensidad de los actos de violencia, pues en el caso de los disturbios y tensiones interiores las acciones violentas no alcanzan el grado de generalización del conflicto armado, y el grado de organización del grupo que se opone a las autoridades gubernamentales, que tampoco llega al requerido para la aplicación de las normas humanitarias[25].

Ambos elementos fueron interpretados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Abella c. Argentina*, relativo al ataque en 1989 del cuartel de "La Tablada" por miembros del movimiento político "Todo por la Patria" (MPT). Según la Comisión, el concepto de conflicto armado requiere, ante todo, que existan grupos armados organizados y que éstos sean capaces de librar combate y de participar en acciones militares recíprocas (y que así lo hagan). Con respecto al elemento de la intensidad, el órgano interamericano precisa que el DIH se aplica "incluso a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados que tengan lugar dentro del territorio de un Estado". Por tanto, lejos de ofrecer una interpretación estricta de conflicto armado, considera que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con la guerra civil en la cual los grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. A pesar de esto, el elemento determinante que llevó a la Comisión a determinar la aplicabilidad del artículo 3 común a este caso fue el carácter concertado de la acción: "los hechos acaecidos en el cuartel de La Tablada se diferencian de las situaciones mencionadas, porque las acciones emprendidas por los atacantes fueron *actos hostiles concertados* de los cuales participaron directamente las fuerzas armadas del gobierno, y *por la naturaleza y grado de violencia* de los hechos en cuestión. Más concretamen-

---

24 V. a este respecto el documento de opinión elaborado por el CICR, "¿Cuál es la definición de "conflicto armado según el derecho internacional humanitario?" (marzo de 2008), http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/armed-conflict-article-170308; y S. Vité, "Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* nº 873, marzo de 2009, pp. 45 y ss.

25 Así lo han puesto de manifiesto tanto el TPIY como el TIPR. *V. El Fiscal c. Dusko Tadic* (Caso nº IT-94-1-AR72), Sentencia de 7 de mayo de 1997, par. 562; *Akayesu* (Case nº ICTR-96-4-T), Sentencia de 2 de septiembre de 1998, par. 601.

te, los atacantes participaron en un ataque armado que fue cuidadosamente planificado, coordinado y ejecutado"[26].

También el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) se ha referido a la interpretación que cabe dar a estos elementos en el caso *Ramush Haradinaj et al.*, relativo a la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad por parte de antiguos miembros del Ejército para la Liberación del Pueblo Kosovar (ELK). En el período examinado (entre el 1 de marzo y el 30 de septiembre de 1998), la situación vigente en la zona se situaba en la frontera entre el conflicto armado y los disturbios, de ahí que la enumeración de los distintos indicadores a partir de los cuales pueden examinarse los dos elementos constitutivos del conflicto armado hecha por esta sentencia, resulte enormemente valiosa a los efectos de nuestro estudio.

En lo que respecta al criterio de la intensidad, el tribunal aclara que el carácter prolongado de la violencia no se refiere necesariamente a la duración de las hostilidades, sino a las características de las propias acciones. En este sentido, señala como factores relevantes: el número, la duración e intensidad de los enfrentamientos individuales, el tipo de armas y otro equipamiento militar utilizado, el número y calibre de las municiones, el número y tipo de las fuerzas que toman parte en la lucha, el número de víctimas, la magnitud de la destrucción material, y número de personas civiles que huyeron de la zona de combate[27].

En relación al elemento de la organización, el tribunal concluye que: "un conflicto armado sólo existe entre partes que se encuentran lo suficientemente organizadas como para enfrentarse con medios militares". Entre los criterios que denotan el carácter organizado de los grupos armados opuestos, el tribunal se refiere a: la existencia de una estructura de mando, reglas y mecanismos de disciplina en el interior del grupo, la existencia de un cuartel general, el control de una parte del territorio, la capacidad del grupo para acceder a armamento y a otro tipo de equipamiento militar, el reclutamiento de soldados y su formación militar, su capacidad para planificar, coordinar y llevar a cabo acciones militares, incluyendo el traslado de tropas y logístico, su capacidad para definir una estrategia militar única y usar tácticas militares, y su capacidad para hablar con voz única y para negociar y concluir acuerdos de

---

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 55/98, Caso nº 11.137, *Juan Carlos Abella c. Argentina*, de 18 de noviembre de 1997, pars. 151-156.

27 TPIY, *El Fiscal c. Ramush Haradinaj* (Case nº IT-04-84-T), Sentencia (Sala de Primea Instancia) de 3 de abril de 2008), párr. 49. Vid. Igualmente, *El Fiscal c. Limaj (*Case nº IT-03,66 T) Sentencia (Sala de Primera Instancia), 30 de noviembre de 2005, pars. 70 y ss.

alto del fuego o acuerdos de paz. Destaca el hecho de que el tribunal se refiera en su sentencia a las reglas o mecanismos disciplinarios establecidos por el ELK como factor indicativo su carácter organizado. A este respecto, considera que si bien al principio éste no era un aspecto prioritario (demostrado por el hecho de que no dispusiera de tribunales ni jueces ni prisiones), reconoce el valor de una declaración hecha en abril de 1998 por medio de la cual el grupo se comprometía a respetar los tratados de las Naciones Unidas, así como los relativos al derechos de los conflictos armados, procediendo igualmente a la distribución entre sus soldados de copias de estos documentos que le habían sido facilitadas por el CICR[28].

El TPIY adopta también una interpretación flexible con respecto al nivel de organización requerido y, particularmente, sobre la existencia de una estructura de mando. Además de los cientos sino miles de soldados ya enrolados a principios de 1998, y el incremento con el paso del tiempo en el número de voluntarios (lo cual denotaba en un principio una organización fundamentalmente espontánea y rudimentaria), el tribunal constata que en el mes de abril ya se vislumbraba la consolidación de una autoridad *de facto* en la persona de *Ramush Haradinaj*. En esa época, el ELK también controlaba una parte del territorio en el área de *Dukagjin*, donde se habían establecido algunas estructuras que daban acceso a un número considerable de armas, a pesar de no tener suficientes para armar a todos los nuevos efectivos reclutados. Por otra parte, se tuvo en cuenta que los soldados del ELK recibieron al menos un entrenamiento militar rutinario y usaron tácticas de guerrilla, además del hecho de que el grupo armado emitiera ya comunicados en su nombre. Sobre la base de estos elementos, el tribunal concluye que existen pruebas suficientes para considerar que el ELK el 22 de abril de 1998 ya reunía las características propias de un "grupo armado organizado", según el *test* establecido en el asunto *Tadic*[29].

---

28 *Ibid.*, par. 69.

29 En cualquier caso, resulta importante señalar que, tal y como el mismo tribunal aclara, ninguno de estos factores resulta determinante, siendo la calificación de los hechos como conflicto armado la resultante e un análisis y valoración conjunta de todos estos factores. *Ibid.*, par. 60.

V. LOS DISTURBIOS Y TENSIONES INTERNAS ¿UNA ZONA DE DESPROTECCIÓN JURÍDICA?

A las dificultades para calificar los hechos, se añade el problema de la falta de precisión de las normas jurídicas que resultan aplicables a estas situaciones. En efecto, al quedar excluidos los casos de violencia interna del ámbito de aplicación del DIH, las normas del Derecho internacional de los derechos humanos —que, teóricamente, resultan aplicables en todas circunstancias—[30], constituyen el marco jurídico internacional de referencia a partir del cual debe juzgarse el comportamiento de los Estados en la gestión de este tipo de crisis[31].

Sin embargo, se observa a este respecto que el Derecho internacional de los derechos humanos ha sido concebido fundamentalmente para aplicarse en tiempo de paz, motivo por el cual se considera que no acaba de adaptarse a estas situaciones que, al fin y al cabo, son de violencia. Parece, efectivamente, que los disturbios se sitúan en una zona de indeterminación jurídica donde las normas de derechos humanos, aplicables en tiempo de paz, y las que regulan los conflictos armados internos, no aparecen bien ensambladas. Esta inadaptación se hace patente de manera especial cuando un gobierno considera que los disturbios ponen en peligro la vida de la nación y declara de conformidad con los tratados de derechos humanos el estado de excepción. En tales circunstancias, el ejercicio de los derechos y libertades de la persona puede verse suspendido y reducido a la mínima expresión, sin que por ello se active en contrapartida el régimen protector más específico y complementario que ofrecen las normas humanitarias.

Por otra parte, la falta de coordinación entre ambas ramas en estos casos, se traduce en toda una serie de "fallas normativas" en el Derecho internacio-

---

30 Así lo ha reiterado el Tribunal Internacional de Justicia en su *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los Territorios palestinos Ocupados,* de 9 de julio de 2004 (pars. 127 y 136). Saliendo al paso de la negativa de Israel a aceptar la aplicación de los Pactos Internacionales de 1966 en los Territorios Ocupados, el Tribunal ha señalado que la protección que ofrecen los tratados de derechos humanos sigue estando vigente en los casos de conflicto armado, declarando que su protección no cesa si no es a través del recurso a las cláusulas derogatorias como la del artículo 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966.

31 Existen en este sentido un gran número de instrumentos universales y regionales de diverso alcance jurídico en la materia que resultan relevantes en estas circunstancias. Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 (CEDH), la Convención americana de derechos humanos de 1969 (CADH) y la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos de 1981.

nal convencional. Se plantean dudas, en primer lugar, sobre la interpretación que cabe dar al derecho a la vida en estos contextos[32]. Tampoco existen, por ejemplo, normas internacionales relativas al uso de la fuerza donde se establezcan los límites que las autoridades deben respetar en las operaciones que lleven a cabo para mantener o restaurar el orden público. Igualmente se echa en falta una regulación clara en cuanto a las armas que no pueden utilizarse en tales circunstancias. Dado que los tratados internacionales que prohíben el uso de ciertas armas o métodos de combate suelen referirse a los conflictos armados internacionales, en estas situaciones los Estados, en principio, mantienen intacta su libertad a la hora de elegir los métodos y medios a emplear en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, siendo posible que un arma prohibida para el caso del conflicto armado internacional (como por ejemplo los gases lacrimógenos) pueda ser utilizada en la represión de disturbios y tensiones internas[33]. Es cierto que esta laguna se ha venido a cubrir en

---

32 Debido al carácter violento de estas situaciones y los problemas para el orden público y la seguridad nacional que representan, los Estados han reclamado una interpretación más flexible de este principio a la luz de las normas de DIH que, como es sabido, admiten bajo ciertas circunstancias que se produzcan muertes de civiles en concepto de "daños incidentales" esto es, un "mal menor" que se justifica en la ventaja militar que el ataque ha otorgado a la parte que no estaría legitimada en otras circunstancias a privar a civiles de su derecho a la vida. Existe, sin embargo una jurisprudencia consolidada que viene a afirmar el carácter excepcional del recurso a la fuerza en las situaciones de violencia interna, considerando. En consecuencia, por lo general se han considerado que las muertes de civiles en estos contextos constituyen privaciones arbitrarias del derecho a la vida *salvo* que se produzcan en condiciones muy precisas. *Caso Ergi c. Turquía, S*entencia de 28 de julio de 1998, 32 *EHRR*, par. 79; *Mc Cann y otros c. Reino Unido,* Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A, n° 324, par. 149. El Comité de Derechos Humanos en el caso *Suárez de Guerrero c. Colombia* estimó que el empleo de la fuerza por las autoridades de policía tan sólo es legítimo y, por lo tanto, su uso no viola el derecho a la vida, cuando se hace con el debido respeto a los principios de necesidad y de proporcionalidad, Comunicación 45/1979, Comité de Derechos Humanos, 31 de marzo de 1982, pars. 13.2 y 13.3. Sobre esta cuestión v. M. Costas Trascasas, *op. cit.*, pp. 460-467.

33 A éstos se deben añadir las últimas tecnologías introducidas en el servicio policial bajo la denominación de material "menos que letal" como las armas paralizantes de electrochoque (pistolas "Taser"), balas de plástico (las nuevas balas de plástico L21A1) y substancias químicas incapacitantes (los aerosoles de pimienta). Las armas de fuego no deben emplearse a menos que se presente un peligro de muerte y debe darse prioridad a estas nuevas técnicas pero teniendo en cuenta que también son capaces de producir daños superfluos y sufrimientos innecesarios e, incluso, en ciertos supuestos, pueden causar la muerte. *Ibid.*, pp. 467-486.

parte a través de normas modelo, códigos de conducta o principios básicos donde se enuncian las correspondientes reglas generales (pero carentes de carácter obligatorio)[34]. Resulta también necesario resaltar que los órganos de control en materia de derechos humanos han desarrollado una interesante línea jurisprudencial que tiende a imponer límites a los gobiernos en este sentido, mediante la aplicación del *test* sobre la necesidad y la proporcionalidad[35].

Por último, tampoco el principio de trato humano, presente directa o indirectamente en las normas de DIH[36], encuentra una norma complementaria en los tratados de derechos humanos. Esto deja sin solucionar expresamente ciertas cuestiones que pueden suscitarse en situaciones de violencia interna como, por ejemplo, la prohibición de atacar a las personas que no participan en los actos de violencia, la prohibición de actos o amenazas de violencia que tengan por objetivo principal extender el terror entre la población, los actos de represalia, la prohibición del pillaje, la obligación de recoger a los heridos y los enfermos así como el respeto y la protección del personal sanitario y la obligación de asistirle en el desempeño de sus funciones.

VI. EL PROBLEMA DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Un aspecto sin duda preocupante es el uso abusivo que los gobiernos vienen haciendo del recurso a la declaración del estado de excepción para suspender

---

[34] El *Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (1979) y los *Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (1990).

[35] V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "el Caracazo" v. Venezuela,* Sentencia de 11 de noviembre de 1999 (Ser. C, n° 58), *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Ser. C, n° 68); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Carandiru c. Brasil,* Caso 11.291, Informe n° 34/00, 13 de abril de 2000; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Gülec c. Turquía,* Sentencia de 27 de julio de 1998, 28 *EHRR*, 1999, *Caso Ergi c. Turquía*, Sentencia de 25 de julio de 1998, 32 *EHRR*, 2001; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Caso Suárez de Guerrero c. Colombia*, Comunicación n°. 45/1979.

[36] El artículo 3 común obliga a las partes que participan en las hostilidades a tratar con humanidad a las personas que no participen directamente en las mismas.

el ejercicio de ciertos derechos y libertades en estas circunstancias[37]. No es nuevo que muchos gobiernos al hacer uso de esta facultad, que la mayor parte de tanto el derecho interno como los tratados internacionales de derechos humanos reconocen, en ocasiones, la han desviado claramente de su verdadera *ratio legis*: en lugar de utilizarla para preservar el respeto de los derechos humanos en las situaciones de crisis, a menudo, recurren a la cláusula derogatoria para acrecentar la discrecionalidad del poder público. Aunque los órganos de control de derechos humanos hayan impuesto límites claros a los poderes extraordinarios del Estado, no hay que perder de vista que las más graves violaciones de los derechos y libertades de la persona, al día de hoy, se continúan produciendo al amparo de la legislación de excepción. El Comité de Derechos Humanos en su Observación General n° 29 sobre el artículo 4 PIDCP, deja claro que las medidas que suspenden la aplicación de los derechos y libertades de los ciudadanos deben estar justificadas por la excepcionalidad de la amenaza y que, consecuentemente, "no toda situación de disturbios, crisis o tensión política justifica la suspensión del ejercicio de derechos". Las medidas, además, habrán de ser proporcionales a la gravedad de las circunstancias puesto que: "si un Estado se propusiera suspender algunas de las obligaciones contraídas en el caso de una manifestación a gran escala con incidentes de violencia, debería justificar no solamente que la situación constituye un peligro para la vida de la nación, sino también que todas las disposiciones que suspenden la aplicación de disposiciones del Pacto son estrictamente necesarias según las exigencias de la situación".

El Comité ha expresado en numerosas ocasiones su preocupación porque los Estados continúen suspendiendo la vigencia de los derechos protegidos en situaciones no contempladas por este artículo, en muchos casos porque Derecho interno así lo permite[38]. Además, dada la incidencia que los estados de excepción tienen en la aplicación de las normas sobre derechos humanos, parece insuficiente que los órganos creados por los tratados de derechos hu-

---

37 V. el art. 27 de la CADH, el art. 15 del CEDH y el art. 4 del PIDCP.

38 Observación General n° 29 (Art. 4); UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001, pars. 3 y 5. A modo ilustrativo, algunos de los motivos alegados por los Estados han sido: amenaza a la seguridad del Estado, al orden público, a la vigencia de la Constitución y de las instituciones democráticas, agresión, existencia de actos de violencia, subversión o terrorismo, vandalismo, ataque o amenaza de ataque exterior, motines o rebeliones internas, intento de golpe de Estado, asesinato de miembros del gobierno, cuestiones étnicas y/o perturbaciones internas o tentativas de desestabilización organizadas por redes de traficantes de estupefacientes o provocadas por factores económicos (el empobrecimiento o la pérdida de ventajas sociales de la población). UN Docs. E/CN.4/Sub.2/1987/19, párr. 49 y E/CN.4/2/1997/19, cit., pars. 34 y 36. Doc. A/48/40, pars. 184, 459 y 503.

manos sólo puedan entrar a analizar las medidas derogatorias a través de una demanda individual o interestatal, o bien como consecuencia del examen de los informes periódicos de los Estados. En este sentido, resulta fundamental que las legislaciones nacionales se adecuen a los límites que el Derecho internacional impone a la proclamación del estado de excepción (particularmente a los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad), y sometan la decisión del poder ejecutivo de recurrir a medidas excepcionales a un estricto control parlamentario y judicial[39]. Con este objetivo, debería potenciarse la creación de órganos internacionales facultados específicamente para supervisar que toda proclamación de estado de excepción o medida legislativa excepcional se haga dentro del respeto de los estándares que impone el Derecho internacional, así como para asesorar y facilitar el proceso de adaptación del Derecho interno a los mismos[40]. Por otro lado, es urgente que los órganos de derechos humanos, en el examen de las denuncias individuales, asuman más claramente la facultad de analizar *ex officio* las medidas derogatorias y favorezcan con su jurisprudencia la complementariedad entre los derechos humanos y las normas humanitarias.

En efecto, para garantizar que tan sólo los disturbios más graves justifiquen la adopción de medidas que impliquen la suspensión de derechos y libertades, sería necesario que los órganos de control establecieran una relación más estrecha entre la declaración del estado de excepción y la aplicación o la activación de algunos de los principios que contienen las normas humanitarias. Encontramos un buen ejemplo de lo que propugnamos en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Isayeva, Yusupoca, Bazayeva, c. Rusia*. Vinculando la aplicación de las normas del DIH

---

[39] Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 116.3 de la *Constitución Española de 6 de diciembre de 1978*, "El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos". Por su parte, *la Ley Orgánica española 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*, que desarrolla este artículo señala que: "los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las Leyes" (art. 3.1).

[40] Llama la atención que no exista un órgano internacional encargado de hacer un seguimiento concreto de esta cuestión. El Relator Especial sobre los estados de excepción nominado por la Subcomisión para la Prevención de las Discriminaciones y la Protección de las Minorías (actualmente para la promoción y protección de los derechos humanos) desempeñó su mandato entre 1983 y 1997.

a la previa proclamación oficial del estado de emergencia pública o de excepción, el Tribunal Europeo consigue aplicar el marco jurídico más favorable a la persona que en este caso se derivaba del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, el Tribunal interpretó que el ataque por parte del ejército ruso de un convoy de civiles en el marco del conflicto de Chechenia, a falta de declaración del estado de excepción por parte de las autoridades rusas, "debe ser juzgada de acuerdo con el marco jurídico normal"[41]. Destaca la decisión del Tribunal de no calificar jurídicamente la situación —que reunía todos los elementos para ser considerada como conflicto armado— y dar por el contrario efectos a la que unilateralmente hace el propio gobierno ruso de la misma y de la que se deriva una obligación de protección de la persona más estricta. En particular, esta interpretación permite al Tribunal concluir que la operación objeto de examen, lejos de permitir la interpretación amplia del derecho a la vida que se desprende del DIH (que consiste en admitir en ciertos casos la muerte de civiles como "efectos incidentales" de los actos de guerra), requiere la interpretación más estricta que se deriva del DIDH; cuyo objetivo principal es proteger sus vidas contra la violencia, sin que tengan cabida las excepciones sobre la base del "interés militar". Tras constatar la flagrante contradicción que existe entre el objetivo de "proteger a las personas de la violencia ilegal" que las autoridades rusas afirmaban perseguir, y el modo en que se condujeron las hostilidades (que implicaron en particular el empleo contra la población civil de armas de carácter indiscriminado: bombas y otras armas pesadas de combate no dirigidas —*non-guided*—), el TEDH sentenció que la operación militar rusa había sido desarrollada sin tener en cuenta el nivel mínimo de precaución que requiere una operación de este tipo donde se recurre al uso letal de la fuerza.

Este caso demuestra el papel fundamental que corresponde a los órganos internacionales en el control de las prácticas abusivas que vienen realizando ciertos Estados. Sin duda, un control más estricto en esta materia obligaría sin duda a que los Estados equilibraran de manera más sutil la balanza entre los derechos del individuo y el bienestar general de la sociedad en su conjunto, ponderando cuidadosamente el motivo por el cual consideran una medida necesaria y legítima en las circunstancias del caso y optando por la alternativa menos lesiva para el ejercicio de los derechos humanos. De este modo, se conseguiría que cuando la situación no llegue a afectar al conjunto de la población ni ponga en peligro la existencia de la comunidad organizada, en lugar de suspenderlos, los Estados optaran más bien por restringir el ejercicio

---

41 Applications nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Sentencia de 6 de julio de 2005, párr. 191.

de los derechos y libertades de conformidad con las limitaciones ordinarias previstas por los instrumentos de derechos humanos para las situaciones de normalidad atendiendo a consideraciones de "orden público" o de "seguridad nacional"[42]. Evidentemente, no es lo mismo suspender por completo el goce y ejercicio de un derecho que dejar intacta su sustancia y sólo limitar las condiciones bajo las cuales éste puede ejercerse.

VII. CONCLUSIONES

A estas alturas considero que se puede dar por cerrado el debate doctrinal entorno a la cuestión del régimen jurídico aplicable a las situaciones de disturbios y tensiones internas y a la supuesta "laguna normativa". Es cierto que el Derecho internacional presenta ciertas ambigüedades que permiten en muchas ocasiones eludir la responsabilidad estatal e individual en estas circunstancias. Sin embargo, la indeterminación en cuanto al régimen jurídico aplicable no se debe a la falta de normativa aplicable, sino a la necesidad de establecer mecanismos —o mejorar los ya existentes— para que velen por su efectivo respeto. Efectivamente, encontramos en el Derecho internacional actual normas y principios que constituyen un marco jurídico suficiente para otorgar una protección adecuada a las víctimas de estas situaciones y atribuir al Estado la responsabilidad que le corresponda en caso de violación.

Resulta significativo, en este sentido, que no hayan llegado a buen puerto los diversos intentos por promover la adopción de un instrumento internacional específicamente aplicable a estos casos bajo la forma de códigos de conducta o declaraciones[43]. Tras más de veinte años de discusión estéril, la más conocida de estas iniciativas, la "Declaración de Turku" sobre las "normas básicas de humanidad", puede considerarse ya hoy como un proyecto fallido[44].

---

42 V. Los Art. 12, 18, 19, 21, 22 del PIDCP, 8-11 del CEDH, 12, 13, 15, 16 y 22 del CADH.

43 V. H. P. GASSER, "Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones internas: propuesta de un Código de Conducta", T. MERON, "Proyecto de Declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones internas", *RICR*, nº 85, enero-febrero 1988, pp. 38-60 y 61-79 respectivamente.

44 V. La Declaración de la CDH 2004/18, de 21 de abril de 2004. Este texto que fue elaborado en 1990 por un grupo de expertos, tomando como base los aspectos comunes al DIH y el DIDH, logra condensar en veinte artículos las normas que deberían respetarse en todas circunstancias, dando así respuesta a muchos de los problemas que se identifican en la aplicación del Derecho internacional a las situaciones de disturbios y tensiones internas. El grupo de expertos que fue reunido

A pesar de ello, no hay que restar mérito a esta propuesta que en su momento contribuyó decisivamente al debate sobre el núcleo mínimo de normas de derechos humanos y reglas humanitarias que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia. La misma sirvió igualmente para estimular la progresiva aproximación entre los ámbitos de aplicación de las normas humanitarias y de derechos humanos, así como a la afirmación del principio de humanidad como punto de convergencia entre las dos ramas.

Llegados a este punto, considero que lo importante es que los esfuerzos se centren en otro tipo de acciones mucho más concretas —pero no por ello menos adecuadas— para solventar algunos de los obstáculos que en la práctica impiden a las víctimas recibir una protección jurídica efectiva en estos casos. Esta acción pasa por ampliar la cobertura de la jurisdicción de los tribunales internacionales para así evitar que los Estados se beneficien de subterfugios legales para evitar responder por las violaciones; por que los órganos primen la interpretación que más favorezca la protección de la persona sin dejar por ello de tener en cuenta los motivos de orden público o de seguridad nacional, y por el perfeccionamiento de los procedimientos nacionales que tutelan a la persona en estas circunstancias. Finalmente, los esfuerzos se deben dirigir hacia la adaptación de las legislaciones nacionales a los principios y normas internacionales que rigen esta materia, así como hacia la adecuada formación de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en estas circunstancias[45].

En primer lugar, será decisiva para cerrar de manera definitiva la "falla" jurídica detectada en estas situaciones, la creciente adaptación por parte de los órganos y mecanismos que controlan el respeto de los derechos humanos a

---

por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) transmitió este texto (UN Doc. E/CN.4/1997/104, anexo) en 1996 a la Comisión de Derechos Humanos por vía del Secretario General de las Naciones Unidas (Res. 1996/28 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).

45 De hecho, algunas legislaciones adoptadas recientemente contravienen estos principios. Así, el Decreto Legislativo 1095, adoptado el 1 de septiembre de 2010, en Perú, por medio del cual se establecen reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en el territorio nacional, y adoptado en respuesta a las protestas contra el proyecto de irrigación del gobierno presenta aspectos bastante problemáticos. La nueva normativa autoriza la intervención del ejército acciones militares en apoyo a la policía nacional para el control del orden interno, así como la intervención de tribunales militares para el enjuiciamiento de "conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas" (Arts. 15 y 27).

los problemas específicos que plantean estas circunstancias[46]. Resulta fundamental en este sentido que la jurisprudencia desarrollada en los últimos años especialmente por el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, continúe evolucionando en la misma dirección, es decir, interpretando ciertas normas de derechos humanos a la luz de los principios y normas provenientes del DIH para, de esta manera, adaptarlas en la medida de lo posible a las características particulares que presentan las situaciones de violencia interna[47].

En segundo lugar, resulta determinante la autoridad que demuestren estos órganos de control para imponer en sus fallos una interpretación *pro omine* de las obligaciones que corresponden a los Estados. Sólo favoreciendo la protección de los derechos y libertades de la persona y trasladando al Estado la carga de la prueba de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas dirigidas a limitar o suspender los derechos y libertades por motivos de seguridad nacional, se podrá ir recortando de manera progresiva la libertad de los gobiernos para decidir la aplicación del conjunto de normas que más les favorece en cada momento. Igualmente, es importante que se siga avanzando en el ámbito de la responsabilidad del Estado por las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y hacia el reconocimiento del derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones[48].

---

46 V. A. A. CANÇADO TRINDADE, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana. Derechos humanos, Derecho humanitario, Derecho de los refugiados*. Ed. Porrúa, Méjico, 2003, 169 pp.; M. PÉREZ GONZÁLEZ, "Derechos Humanos y Derecho Humanitario: una apuesta por la convergencia". *El Derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, J. PUEYO LOSA, J. JORGE URBINA (coords.), Santiago de Compostela, 2002, pp. 17-37; F. MARTÍN, "Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *RICR*, diciembre 2001, Vol. 83, nº 844, pp. 1037-1065; A. REIDY, "El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el Derecho internacional humanitario", *RICR*, nº 147, 1998, pp. 555-571.

47 Entendemos que así lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunas de sus sentencias: Caso *Las Palmeras (objeciones preliminares),* Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Ser. C) Nº 67, para. 34; Caso *Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Ser. C) Nº 70, paras. 207-209. Aunque en ambos casos la Corte se refería al supuesto de conflicto armado, el hecho de que no haya aplicado directamente las normas de DIH deja abierta la posibilidad de que pueda utilizarse la misma técnica interpretativa en las situaciones de disturbios y tensiones interiores.

48 V. El *Proyecto de Principios básicos y directrices sobre el derecho a un remedio y reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del Derecho humanitario*, UN Doc. E/CN.4/2004/57, de 10 de noviembre de 2003.

En definitiva, la jurisprudencia internacional deberá seguir contribuyendo al desarrollo y consolidación del principio de humanidad como principio general del ordenamiento jurídico internacional para así profundizar en la conexión que existe entre los derechos humanos y las normas humanitarias, especialmente en el curso de estas situaciones. Dicho principio está integrado por las normas y principios que condensan los valores y atributos más íntimamente ligados al concepto de dignidad de la persona y que se dirigen a proteger al ser humano de los ultrajes a la misma[49]. Sin duda alguna, este principio constituye la fuente a partir de la cual se han nutrido toda una serie de principios fundamentales comunes y generales que informan tanto las normas de DIH como las de derechos humanos[50]. Gracias a esta conexión, se ha podido establecer una mayor complementariedad y coherencia entre ambas ramas y desarrollar el carácter consuetudinario e incluso de *ius cogens* de algunas de sus normas, cuya aplicación se considera necesaria e inderogable en cualquier circunstancia.

Por último, resulta indispensable fortalecer y facilitar los medios a disposición de los organismos humanitarios para que éstos puedan prestar la asistencia y protección que precisan las víctimas de estas situaciones, favoreciendo, por ejemplo, la formalización de acuerdos entre los órganos en cuestión y los gobiernos. Consideramos también en este sentido importante transmitir a los Estados la idea de que no disponen de una libertad completa e ilimitada en su acción para poner fin a este tipo de crisis. De hecho, la legalidad de una intervención sólo podrá establecerse si, tras hacer una valoración seria de la adecuación y la proporcionalidad de los medios empleados para la represión de los disturbios o la contención de las tensiones, se llega a la conclusión de que el Estado ha actuado con la "diligencia debida", teniendo en cuenta que también las omisiones en el control del orden público, esto es, cuando las autoridades no intervienen con la contundencia y firmeza que exigen los acon-

---

49 El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha entendido por tales, tanto los ataques ilícitos a su cuerpo como los actos humillantes y que rebasen el honor, el amor propio o el bienestar mental de una persona. V. Trial Chamber (Judgement) *Furunzija*, Case nº IT-95-17/1, 10 diciembre de 1998, par. 183.

50 Este principio constituye la fuente de la que se han nutrido toda una serie de principios fundamentales comunes y generales que informan ambas ramas. J. PICTET ha identificado en concreto a tres: el principio de inviolabilidad de la persona, el principio de no discriminación y el principio que otorga a toda persona el derecho a su seguridad. V. J. PICTET, *Desarrollo y Principios de Derecho Internacional Humanitario*, A. Pedone, Ginebra, 1983, pp. 76-79, y T. MERON, "The Humanization of Humanitarian Law", *Boutros Boutros Ghali, Amicorum Liber*, American Society of International Law, 2000, pp. 239-278.

tecimientos, "constituyen un claro incumplimiento de su deber de protección de las personas bajo su jurisdicción"[51].

En fin, frente a la evidente falta de voluntad política para adoptar un texto de carácter internacional que regule estas circunstancias, el CICR y otros actores humanitarios, en los últimos años, han centrado sus esfuerzos más bien en la adaptación del ordenamiento interno de los Estados a las reglas internacionales consideradas como relevantes en la materia[52]. Se reserva igualmente un papel fundamental a la formación de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, pues, como se ha visto, el respeto de los derechos humanos fundamentales, de la dignidad y de la integridad de las personas en los casos de disturbios y tensiones interiores, resulta imprescindible para evitar que la espiral de violencia desemboque en una confrontación civil de mayor envergadura.

---

51 A la vista de las omisiones del Estado en el control del orden público, la Comisión condenó los hechos de violencia que se registraron en Guatemala con motivo del proceso electoral abierto los días 24 y 25 de julio de 2003, manifestando en concreto su preocupación por las graves consecuencias del uso de manifestaciones violentas como mecanismos de presión sobre la justicia, sobre la vigencia del Estado de Derecho y la independencia de sus instituciones. *V*. *Informe MINUGUA*, *V*. Informe de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA) sobre los disturbios del 24 al 25 de julio de 2003 en la Ciudad de Guatemala. 6 de agosto de 2003, par. 1. http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/minugua2.html; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Guatemala (2003)*. http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo2.htm#_ftn44, para. 104.

52 Motivados por estas inquietudes, el 13 y 14 de junio de 2005, el CICR y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos han co-organizado una de Reunión de Expertos "sobre el uso de fuerza y la protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones internas en América Latina y el Caribe", con miras a que dichos expertos pudieran reflexionar sobre algunas recomendaciones enfocadas en la necesidad de la adopción de medidas que permitan minimizar los riesgos para la integridad y la dignidad de las personas en el curso de estas situaciones.